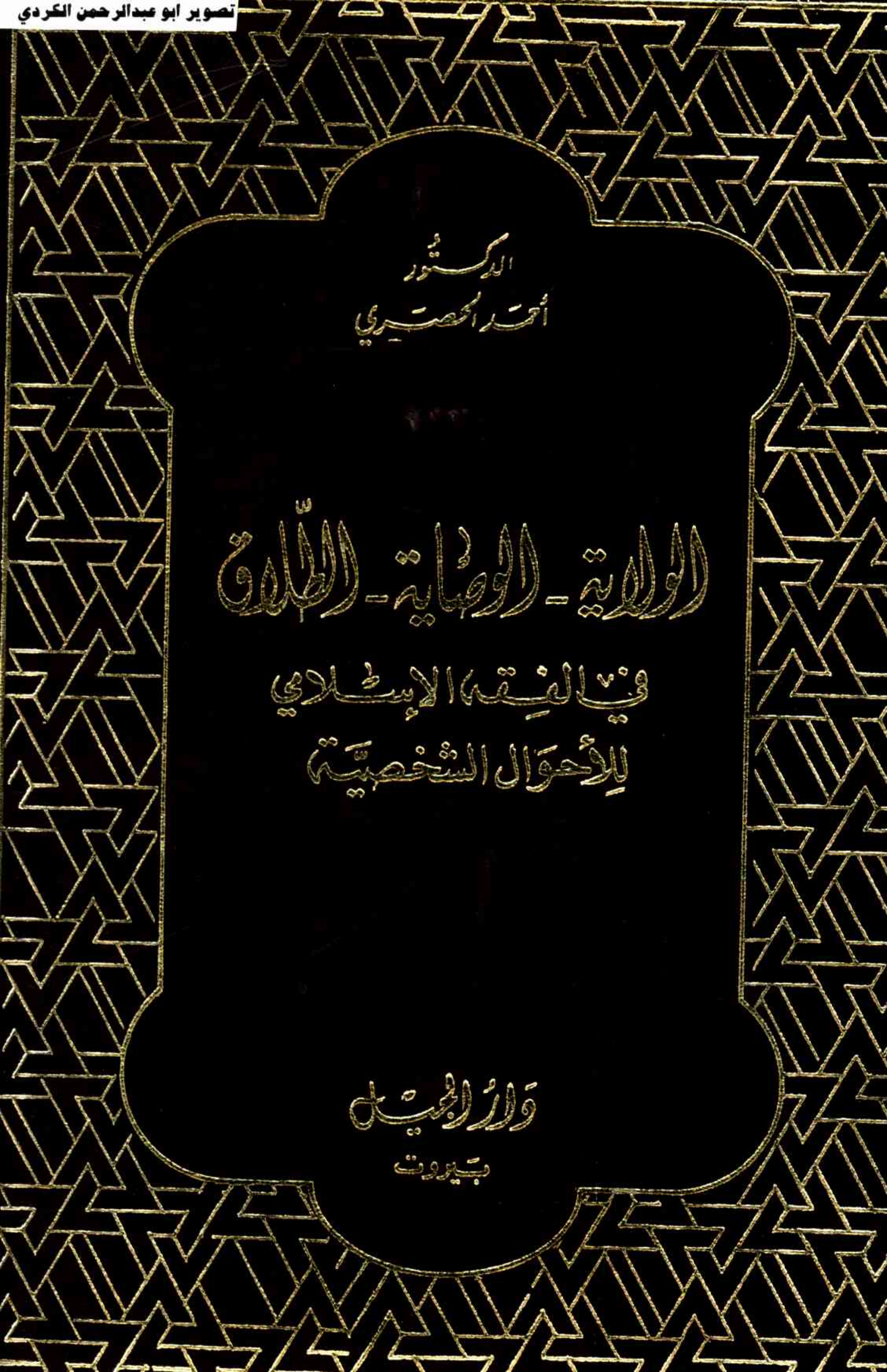

تصوير ابو عبدالرحمن الكردي
الدكتور
أحمد الحصري
الولاية - الوصاية - الطلاق
في الفقه الإسلامي
للأحوال الشخصية
دار الجيل
بيروت

لتحميل أنواع الكتب راجع: (مُنْتَدى إِقْرَأ الثَقافِي)

براي دانلود كتابهاى مختلف مراجعه: (منتدى اقرأ الثقافى)

بۆدابەزاندنی جۆرەها کتێب:سەردانی: (مُنْتَدى إِقْرَأ الثَقافِي)

www. iqra.ahlamontada.com



الولاية - الوصاية - الطلاق

في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية

الدكتور
أحمد الحصري

دار الجيل
بيروت

جميع الحقوق محفوظة لدار الجيل

الطبعة الثانية
١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، محمد بن عبد الله، النبي العربي الكريم، وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان الى يوم الدين.

وبعد، فقد عهد إليّ القسم العالي للدراسات الإسلامية والعربية - وهو قسم ملحق، حالياً، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - أن أقوم بتدريس مادة الأحوال الشخصية لطلاب السنة الرابعة بالقسم المذكور.

وطلبت مني إدارة القسم أن يكون المنهج الذي يدرس للطلاب هو «الولاية، والوصاية، والطلاق» دراسة مقارنة بالقوانين التي وضعت في هذه الأمور وتطبق في محاكم الأحوال الشخصية بالجمهورية العربية المتحدة (١) - وأن أضيف إلى ذلك كله شرحاً موجزاً للقانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وقد سارعت بكتابة ما استطعت أن أجمعه من معلومات في الموضوعات السالفة الذكر، مراعياً بساطة الأسلوب، والإيجاز،

---

(١) جمهورية مصر العربية

بقدر الإمكان : نظراً لاتساع المنهج المطلوب دراسته. وقد اتخذت المذهب الحنفي أساساً في الدراسة، وموضوعاً للمقارنة بينه وبين القوانين التي وضعت لتنظيم الولاية، والوصاية والقوامة، والطلاق في الجمهورية العربية المتَحدة، لأنه هو الأصل الذي دائماً يشير إليه شراح القوانين المذكورة عند عدول إحدى موادها عن الأخذ بما يراه المذهب المذكور في حكم من الأحكام إلى الأخذ برأي مذهب آخر سواه.

وقد اتبعت الطريق الذي سلكته في كتابي الأول «النكاح، والقضايا المتعلقه به» فعرضت آراء فقهاء أهل السنة وآراء أهل الظاهر، وفقهاء الشيعة الإمامية. وحرصت على ذلك، بوجه خاص، في بيان أحكام الطلاق.

والله سبحانه وتعالى أسأل رحمة وغفراناً لوالدي وأساتذتي. . . . وأن يجزيهم، جميعاً، عني خير الجزاء، وأن يلهمني التوفيق والسداد فيما أنا ساع إليه فمن يهد الله فلا مضل له. وهو على كل شيء قدير.

أحمد الحصري

استاذ الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون

بجامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صاحب الرسالة الأبدية والهداية الربانية. وبعد

فها هو كتابي الولاية ـ الوصاية ـ الطلاق ـ اقدمه للطبعة الثانية لقراء الفقه الاسلامي ومحبي هذا الفن الجليل ـ بعد أن نفذت الطبعة الأولى وشغلت عن إعادة طبعها برحلاتي العلمية بين مختلف الأقطار الاسلامية . ومما أسعدني ان ما جمعته في هذا الكتاب اصبح مرجعاً لرجال القضاء والتشريع في كل البلاد العربية وغير العربية. وقد نفذت هذه الطبعة الأولى حتى لم أجد في مكتبتي الخاصة نسخة ـ وطالبني الكثير بإعادة طبعه للمرة الثانية ـ ولم استطع تلبية هذه الرغبة لأسباب عديدة منها ما ذكرته في السطور السابقة ـ ومنها انصرافي إلى الكتابة في مجالات الفقه الأخرى التي تشغل بال التفكير الانساني في عالمنا المعاصر ـ فقد كتبت في الاقتصاد الاسلامي واخرجت للناس في هذا المجال ـ كتباً منها: «علم الاقتصاد والمشاركة في الارباح التجارية في الفقه الإسلامي والقانون . » كما أخرجت للنور أيضاً الرأي الاقتصادي الإسلامي في كتاب اسميته «السياسة الاقتصادية في الفقه الإسلامي» ـ وآخر اسميته «العلاقات المالية والاجتماعية في الشريعة الاسلامية» وكتاباً بل كتباً متعددة في الفقه الجنائي الاسلامي هي الآن بين ايدي رجال الطباعة في دار الجيل للنشر والتوزيع في بيروت ، واكملت ما كتبته في علم الفرائض (الميراث) .

ولأني اعلم ان العصر الحاضر هو عصر التحدي بين التشريع الوضعي الذي فشل في اقرار السلام على كوكبنا الارض ـ وبين التشريع الإسلامي الذي هو من صنع خالق البشر ـ والذي في ظله في الماضي، عاش الناس سنين طويلة من الزمن في اخوة بشرية ازالت الظلم والتفرقة وقضت على العنصرية والطبقية. والعالم اليوم في حاجة الى تطبيق هذا التشريع حتى تعود اليه الطمأنينة والإستقرار ـ لذا كتبت واخرجت كتابي «الدولة وسياسة الحكم» في جزئين كاملين ـ كما اخرجت كتابي الذي اعتز بما جمعته فيه من آراء وهو كتاب اسميته «اختلاف الفقهاء والقضايا المتعلقة به من الفقه الاسلامي». وكتابي في «علم القضاء» في جزئين وقد نفذت كل هذه الكتب! وفي الطريق الآن «السلم والحرب في الفقه الاسلامي للعلاقات الدولية» وكتاب «السياسة الادارية في الفقه الاسلامي المقارن»

ومن جديد اردت ان ألبي رغبات محبي الفقه الاسلامي فطلبت من دار الجيل ان تطبع هذا الكتاب طبعة ثانية فهي أقدر على التنفيذ والإسراع في اخراج الكتاب في اجمل ثوب واقصر زمن ـ فقبلت هذه الرغبة مشكورة وارجو ان يوفقني الله إلى ان أتمم موضوعات فقه الاحوال الشخصية فاكتب في «النفقات والنسب والتبني»

والله العلي القدير اسأله التوفيق والهداية والعون في اتمام هذه الآمال وان يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، انه نعم المولى ونعم النصير

احمد محمد الحصري

القاهرة

الاحد ١١ رمضان ١٤١٢ هـ

الموافق ١٦ مارس ١٩٩٢ م



الولايـــة

معنى الولاية

الولاية بفتح الواو وكسرها فى اللغة:النصرة . وقيل إنها بالفتح المصدر وبالكسر الاسم ، كالإمارة هى اسم لما يتولاه الشخص ، ويقوم به من الأعمال .

التعريف الاصطلاحى

عرف بعض الفقهاء الولاية.بأنها قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبراً عليه .

وعرفها البعض الآخر بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى .

وواضح من التعريفين السابقين أنهما قاصران على ولاية الإجبار فهى التى تثبت للولى جبرا على المولى عليه، وينفذ فيها قوله على المولى عليه شاء أو أبى .

ولا يدخل ضمن هذا التعريف، الولاية الاختيارية ، كولاية تزويج الحرة البالغة ؛ فإنها تملك أن تزوج نفسها دون حاجة إلى الولى عند الحنفية ، فهم يرون أن للبكر البالغة العاقله تزويج نفسها دون حاجة إلى الولى، وأن النكاح ينعقد بعبارتها ، لكن يستحب لها أن تجعل الولى يباشر العقد صونا لها عن التبذل وحتى لا توصف بعدم الحياء . والولاية الاختيارية المسماة بولاية الندب والاستحباب أشبه ما تكون بالوكالة، بل إن الأحناف اعتبروا الولى فيها وكيلا ، وإنما أطلق عليه اسم الولى للقرابة فقط . وحق الولاية ينشأ ، فى أغلب صوره، عن القرابة .

أقسام الولاية

تنقسم الولاية باعتبار عمومها إلى :

١ — ولاية عامة

٢ — ولاية خاصة

كما تنقسم أيضاً باعتبار المولى عليه إلى :

١ — ولاية على النفس

٢ — ولاية على المال

وتنقسم أيضاً باعتبار مصدرها إلى :

١ — ولاية ذاتية

٢ — ولاية مكتسبة

الولاية العامة

هي ولاية الإمام ، والسلطان ، والقاضى ، إذ تثبت ولايتهم على كل من يقوم به المعنى المقتضى لامتداد ولاية الغير ، وليس له ولى خاص ؛ فالقاضى ولى من لا ولى له .

الولاية الخاصة

وهى ولاية الأب والجد والوصى والقيم ومتولى الوقف .

الولاية الذاتية

وهى التى تثبت للشخص باعتبار ذاته ، ولا يستفيدها من الغير ، وتكون

لازمة لاتقبل الإسقاط ولا التنازل عنها ؛ كولاية الأب والجد فولايتهما على الصغير وصف ذاتى لهما .

الولاية المكتسبة

وهى الولاية التى تثبت للشخص لمعنى فيه ، ويستفيدها من الغير وتقبل الإسقاط والتنازل . ومن هذا ولاية الوصى والقاضى .

حضانة الصغير

قد يكون الشخص ولياً على النفس فقط كالعاصب الذكر ، يضم إليه الصغير بعد أن تجاوز سن الحضانة ؛ لينشئه تنشئة الرجال ؛ وليقوم بحفظه ورعايته حسب ما هو مقرر فى الشريعة ، وفى نفس الوقت تكون ولاية مال هذا الصغير لشخص آخر ؛ فولاية هذا العاصب ، فى هذه الحالة، هى ولاية على النفس فقط . وقد يكون الرجل وليا على المال فقط دون النفس كوصى الأب أو الجد أو القاضى . حيث يعهد إليه بإدارة شأن مال الصغير. أما رعاية الصغير فمعهود بها إلى أمه مثلا لأنه لايزال فى حضانة النساء لصغره . وقد يكون الرجل وليا على النفس والمال معاً كالأب والجد يضم إليهما الصغير بعد انتهاء مدة حضانة النساء له ، ويكون له مال خاص تحت يدهما فتجتمع الولايتان فى شخص واحد . وحضانة الصغير لها مراحل نذكرها فيما يلى :

١ — حق النساء فى حضانة الصغير

أعطى الشارع للمرأة الحق فى أن تقوم بتربية الصغير من وقت ولادته إلى سن معينة حددها أخيراً القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ فى مادته رقم ٢٠ وهذا هو نصها .

م ٢٠ — للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى

تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة،إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك » .

وحق حضانة الصغير ثابت بمقتضى الشرع للمرأة إلى سن معينة حيث هى السن التى يحتاج فيها الصغير أو الصغيرة إلى العطف والرعاية والحنان ، والصبر على التربية ، والنساء أوفر شفقة على الصغير ، وأكثر صبراً على مشاق تربيته ، وأقدر على تعرف حاجياته ولوازمه. ومن ثم جعل الشارع الحكيم للنساء حق الحضانة دون الرجال فى سن الصغر. وثبت هذا الحق للمحارم منهن على ترتيب خاص روعى فيه التفاوت بينهن فى درجة الشفقة والعطف، فهذا الحق يثبت، أولا، للأم، ثم لأم الأم وإن علت، ثم لأم الأب كذلك، ثم الأخوات الشقيقات ، ثم الأخوات لأم ، ثم الأخوات لأب ، وتقدم الأخت لأب على الخالة وهذا هو الراجح من مذهب الأحناف لأنها بنت الأب، والخالة بنت الجد ، والجدة من قبل الأم ، وتقدم المنتسبة ، للأم على المنتسبة بالأب عند اتحاد القرابة ، فإن لم توجد واحدة من الأخوات انتقل الحق إلى بنات الأخوات الشقيقات، ثم بنات الأخوات لأم ، ثم الخالات الشقيقات ثم الخالات لأم ، ثم الخالات لأب ، ثم بنات الأخوات لأب على الراجح كما ذكرنا[1] ، فإن لم توجد امرأة من بنات الأخوات لأب انتقل الحق إلى بنات الإخوة الأشقاء ؛ ثم بنات الإخوة لأم ، ثم بنات الإخوة لأب ، فإن لم توجد واحدة من العمات انتقل الحق إلى خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم إلى عمات الأم ، ثم إلى عمات الأب ؛ وتقدم الشقيقات من الكل ، ثم التى لأم ، ثم التى لأب .

---

(١) تأخير بنت الأخت من الأب عن الخالات هو القول المصحح فى المذهب . وقيل إنها مقدمة على الخالات ، تليها بعد بنت الأخت من الأم ، ويجب أن نلاحظ ما يأتى :

١ — أن مرتبة الجدات مقدمة على مرتبة الاخوات — ٢ — الأخت وأن كانت لأب مقدمة على الخالات مطلقاً — ٣ — مرتبة بنت الأخت الشقيقة وبنت الأخت من الأم مقدمة على الخالة

٢ — انتقال حق الحضانة إلى المحارم من العصبة

إن لم توجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم فى الإرث ، فيقدم الأب ، ثم الجد ، أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ؛ ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم ابن العم إن كان المحضون غلاماً ، فإن كانت المحضونة أنثى فلا حق له فى حضانتها سواء كانت مشتهاة أو غير مشتهاة ، وسواء أكان مأموناً عليها أم غير مأمون ؛ لأنه ليس بمحرم لها .

٣ — انتقال حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم ، أو وجد ولم تتوافر فيه شروط الحضانة ، انتقل الحق إلى المحارم من غير العصبة ، فيقدم الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم ، وهذا عند أبى حنيفة ؛ لأن لهؤلاء ولاية التزويج فيكون لهم حق الحضانة ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء كان الأمر مفوضاً لرأى القاضى يضع الصغير عند من يثق به من الرجال ، أو النساء .

ويقدم أصلح المستحقين للحضانة إذا تساووا فى الدرجة كالأخوة الأشقاء وذلك حسب الترتيب الآتى :

أولا — الأصلح منهم رعاية للصغير .

ثانياً — عند التساوى، فى صلاحيتهم للصغير، يقدم أكبرهم سناً ؛ لأنه أكثر تجربة وأدرى بما فيه مصلحة الصغير .

شروط استحقاق الحضانة

أولا : بالنسبة للنساء

يشترط فيمن تستحق الحضانة من النساء الشروط الآتية :

(١) أن تكون ذات رحم محرما للطفل، كأمه وأخته وخالته وعمته . فلا حضانة للقريبة غير المحرم كبنت العم وبنت العمة ، وبنت الخال وبنت الخالة . وثبوت الحضانة للقريبة غير المحرم عند فقدان المحارم من النساء والعصبات من الرجال إنما هو ثبوت ضرورة تفضل فيه القريبة الأجنبية متى رأى القاضى المصلحة فى ذلك . كذلك لا حضانة للمحرم غير غير القريبة، كالأم والأخت من الرضاعة . ومن باب أولى لاحضانة للمرأة إذا لم تكن قريبة ولا محرماً للصغير المحضون .

(٢) أن تكون حرة ؛ فإن الأمة مشغولة بخدمة سيدها فلا تفرغ لخدمة الطفل .

(٣) أن تكون الحاضنة بالغة : فالصغيرة ، ولو كانت عاقلة مميزة ، لاتحسن رعاية الطفل وتربيته .

(٤) أن تكون عاقلة ؛ فإذا كانت مجنونة أو معتوهة فلا حضانة لها .

(٥) أن تكون أمينة على الطفل، فلا يكون شأنها إهماله بكثرة الخروج من المنزل وتركه وحده ، أو تركه لغيرها ممن لا يرعاه الرعاية الواجبة .

وينزع الطفل من حاضنته سيئة السلوك، إذا كان يخشى على الطفل منها إذا ترك عندها ؛ لأن فى بقاءه عندها إضاعة له. والغرض من الحضانة تحقيق مصلحة الصغير . والمرأة سيئة السلوك بقاء الطفل عندها بحيث يخشى عليه أن يتأثر منها فيه تضييع لمصلحة الصغير فيسقط حق المرأة فى هذه الحالة

فى حضانة طفلها . أما إذا كان ماهى عليه شيئاً لايترتب عليه ضياع الطفل فإنه يبقى عندها إلى الحد الذى يخشى فيه أن يتأثر بفعلها وحينئذ ينزع منها(١) .

(٦) أن تكون الحاضنة قادرة على تربية الصغير ورعايته ، فلو كانت مريضة أو هرمة ضعيفة فلا حق لها فى الحضانة .

٧ — ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم للطفل ، وذلك بأن تكون خالية الأزواج أو تكون متزوجة بذى رحم محرم منه كعمه أو جده. فإذا كانت متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم للطفل كابن عمه أو بمحرم غير قريب كالعم من الرضاعة فلا يكون لها حق الحضانة ؛ لأن الشأن فى هؤلاء أنهم لايعطفون على الطفل عطف قريبه المحرم .وقال فقهاء الحنفية: إن المرأة لو كانت متزوجة بقريب محرم للطفل ولكن محرميته ليست من جهة القرابة كابن العم الذى هو عم للطفل من الرضاعة فلا يكون لها حق الحضانة.

٨ — ألا تعيش بالطفل مع من يبغضه ولو كان قريبا له .

٩ — ألا تكون مرتدة ؛لأن المرتدة جزاؤها(عند الأحناف)الحبس حتى تتوب أو تموت ، فلا تصلح لحضانة الطفل .

حق الحضانة يعود

وإذا حرمت المرأة من الحضانة لمانع من الموانع المشار إليها فإنه يعود إليها الحق إذا زال ذلك المانع .

---

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية ١٩٤٩/١١/٢٠ وحكم محكمة طنطا الجزئية له فى١٩٣٩/١٢/١٦ المنشور بمجلة المحاماه السنة الثالثة العدد الثالث ص٦٩ وما بعدها

سقوط حق الحضانة بعد ثبوته

كذلك يسقط حق المرأة فى حضانة الصغير بعد ثبوته لها إذا كانت مستوفية جميع الشروط ثم طرأ ما يوجب تخلف واحد منها .

إسلام الحاضنة

لا يشترط فى الحاضنة أما كانت أو غيرها ـ أن تكون مسلمة فلو كانت كتابية أو مشركة كان لها حق الحضانة ، ويعلل الأحناف لذلك بقولهم : إن الشفقة الطبيعية لا تختلف بالإسلام وغيره . ولهذا يبقى الولد فى حضانة المرأة المستوفيه للشروط السابقة ولو كانت غير مسلمة حتى يبلغ السن المقررة شرعاً ، سواء أكان صبياً أم صبية ، إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بدينها ، أو أن تسقيه خمراً ، أو تغذيه بلحم خنزير ، فإنه ينزع منها فى هذه الأحوال [١] .

ثانياً — شروط الحضانة بالنسبة للحاضن الرجل

الشروط التى يلزم توافرها فى الرجل الذى له حق حضانة الطفل لعدم وجود أهل لحضانته من النساء هى ١ — الحرية ٢ — العقل ٣ — البلوغ ٤ — القدرة على تربية الطفل ورعايته ٥ — الأمانة على الطفل . فالفاسق الماجن الذى لا يبالى بما يصنع لا حق له فى حضانة الصغير والصغيرة وإن كان قريبا محرماً لهما . ٦ — أن يكون عصبة للطفل ، ويقدم من يكون مقدما فى الميراث ٧ — أن يكون ذا رحم محرما إذا كان الطفل أنثى ؛ فليس لابن العم حق حضانة بنت عمه . ٨ — أن يتحد دينهما الاتحاد الذى يثبت التوارث بينهما ، فلا يكون للرجل حق حضانة الطفل ولا ضمه إذا خالف دينه دين

---

(١) راجع حكم محكمة بندر الجيزه للأحوال الشخصية فى القضية المرفوعة من جدة الصغيرة هويدا أنور منسى ضد أمها المغنية صباح سنة ١٩٥٤ .

الطفل بالإسلام وغيره . وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحداً هنا كما فى الميراث حيث يرى الأحناف أن الكفر ملة واحدة .

فإذا كان الطفل من أبوين مسيحيين وكان له أخوان أحدهما مسيحى والآخر مسلم كان الحق فى حضانته لأخيه المسيحى لا المسلم .

الولاية على النفس

تتمثل الولاية على النفس فى أمرين :

الأول — ولاية الحفظ والتربية

الثانى — ولاية النكاح ، والتزويج .

ولاية الحفظ والتربية : هى وظيفة الحاضن للصغير يرعاه ويقوم بما يحتاجه . وتبدأ مرحلة الحفظ بتجاوز الصغير سن الحضانة . وقرر الفقهاء أن مرحلة الحضانة تنتهى بالنظر إلى الغلام ببلوغه حداً يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الاستقلال ؛ بأن يأكل وحده، ويلبس وحده، ويستنجى وحده. وقدرت السن التى يبلغ فيها الغلام هذه المرحلة بسبع سنين . وهناك رأى آخر يقدر سن هذه المرحلة بتسع سنين . والرأى الأول عليه الفتوى فى المذهب الحنفى . وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته رقم ٢٠ بكلا التقديرين فجعل السبع حداً أدنى والتسع حداً أعلى وقد جعل للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير ، فإن رأى مصلحته فى بقائه تحت حضانة النساء قضى بذلك، إلى الحد الأعلى، وهو تسع سنوات . وإن رأى مصلحته فى غير ذلك قضى بضمه إلى غير النساء .

وبالنسبة للأنثى جعل القانون الحد الأعلى لبقائها مع حاضنتها إحدى عشرة سنة ، والحد الأدنى تسع سنين. وسوى القانون فى هذا التحديد للسن

بالنسبة للبنت بين ما إذا كانت حاضنتها هى الأم أو الجدة أو كانت غيرهما . وبالرجوع إلى كتب الحنفية نجد أنه، فى ظاهر الرواية، إذا كانت الحاضنة الأم أو الجدة بقيت البنت عندهما حتى تبلغ سن المراهقة وهى تسع سنين على المفتى به ، أو إحدى عشرة سنة على رأى بعضهم . وعن الإمام محمد أنه لافرق بين الأم والجدة وبين غيرهما ؛ وقال إن الحد الذى تنتهى فيه حضانة الصغير هى سن المراهقة . ومذهب الأمام محمد هو الذى أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وقد جعل القانون المذكور للقاضى حرية التصرف فى ترك البنت عند من تحتضنها أوضمها إلى العاصب المحرم إذا بلغت تسع سنين ولم تبلغ إحدى عشرة سنة حسب مصلحة الصغيرة . وهو الذى يقدر هذه المصلحة .

فرأى القاضى رأى موضوعى فى هذه الحالة . وقد طبقت المحاكم الشرعية هذه المادة بحذر ودقة. وكان هدفها واضحاً جلياً . وهو تحقيق مصلحة الصغير لا مصلحة الحاضنة ولا مصلحة العاصب .

والولاية على النفس تعتمد مرين، أهما قوامها وعتادها، وهما :أولا ـ إتمام تربية الطفل التى بدأت بالحضانة وثانيهما ـ المحافظة على البنات مع صونهن بعد البلوغ وتولى عقد الزواج لمن كان قاصراً .

وقد ذهب الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) إلى أن الأولياء على النفس هم العصبة من الذكور وهو الرأى المعمول به فى مذهب أبى حنيفة كما حقق ذلك صاحب المبسوط فقد قال : العصبات جهات أربع ا ـ

١ — البنوة ٢ — الأبوة ٣ — الأخوة ٤ — العمومة

فإذا كان الولى العاصب واحداً فالولاية له وحده دون سواه. وإن تعدد الأولياء فالولاية لأقربهم جهة وقال علماء الفروع: إذا انتهت حضانة النساء

ضم الصغير إلى الولى على النفس متى كان من العصبات المحارم كالعم والأخ وابن الأخ والجد والأب سواء أكان الطفل غلاماً أم كان فتاة، فإن لم يكن الولى العاصب محرما كابن العم فلا تضم الأنثى إليه . قال صاحب البدائع : وفى هذه الحالة يختار القاضى لها أميناً يضعها عنده أو يستبقيها عند الحاضنة إن لم ير القاضى فى ذلك ضرراً ؛ سداً للذرائع ، بخلاف الذكر فإنه يضم إلى الولى .

ويستمر الطفل تحت رعاية الولى على نفسه ما دام صغيراً لم يبلغ ، حتى وإن لم يكن الولى العاصب هو ولى المال . فإذا بلغ الطفل . فإن كان بلوغه صاحبه جنون أو عته، فولاية العاصب تستمر على نفسه ويكون له فقها وقضاء حق ضمه إليه ، حتى وإن كانت نفقته على غيره أو كانت الولاية المالية لغيره .

بلوغ المحضون

وفى حال بلوغ الغلام عاقلا فإن كان مأموناً على نفسه تنتهى الولاية على النفس . وفى هذه الحالة لا تكون لأحد عليه ولاية الضم . فإذا بلغ غير مأمون على نفسه كان لوليه العاصب أن يضمه إليه لحاجته إلى من يصونه ويتولى حفظه . بخلاف الفتاة فإنها إذا بلغت ظلت ولاية العاصب المحرم مستمرة عليها . ومظهر تلك الولاية وسندها أن له حق ضمها إليه ما دامت بكراً حتى تعنس فتصبح كبيرة لا يخشى عليها الفتنة . ولها فى هذه الحالة الحق فى أن تعيش بمفردها دون أوليائها ما دام الفساد لا يخشى عليها، وليس للثيب أن يضمها وليها إليه: لخبرتها، وانتفاء غرارتها، وانتفاء جهلها بالشئون النسائية إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها ، كأن كانت يخشى عليها إذا انفردت دون ولاية، ودون رقابة، ودون إشراف. وفى هذه الحالة يكون لوليها العاصب حق ضمها . وقد استثنى صاحب البحر الأب والجد على معنى أن لهما وحدهما فقط حق الضم فى هذه الحالة دون سواهما . وذهب صاحب فتح القدير إلى أن حق الضم للولى العاصب يجب أن يكون على إطلاقه ، ولا تختص به طبقة

دون أخرى إلا إذا كان غير ذى رحم محرم فإن الأنثى لاتضم إليه بل تكون عند أمين يختاره القاضى أومن له حق الحصانة، وأيده فى ذلك العلامة ابن عابدين قائلا : إن قول صاحب البحر ترجيح بلا مرجح .

شروط الولى العاصب

قال فقهاء الأحناف : يشترط فى الولى العاصب الذى له حق الضم ما يأتى :

أولا : أن يكون بالغاً عاقلا قادراً على صيانة الصغير وأن يكون متحداً معه فى الدين فلا ولاية للأب غير المسلم على ولده المسلم إذلا ولاية للكافر على مسلم .

ثانياً : أن لا يكون العاصب مفسداً للطفل ، وأن يكون أميناً عليه . لأن مشروعية هذه الولاية تستهدف ، قبل كل شىء ، الإصلاح والحفظ والصيانة ، فلا يليها من اشتهر بالفساد وغلبت على مظاهره ريح الفجور والفسق والتحلل من الفضائل . فلا ولاية لسفيه ولو كان أباً[1] .

ونص فقهاء الحنفية على أنه إذا كان أحد العصبة مفسداً لا يدفع إليه القاصر ومن فى حكمه بل يدفع إلى من يليه فى الرتبة من العصبات ممن كان أميناً قواماً على فاقدى الأهلية. فإن لم يكن من العصبات من يصلح لولاية القاصر أومن فى حكمه، دفع القاضى القاصر ومن فى حكمه إلى من يتولى حفظه وصيانته. ولا فرق فى هذه الأحكام بين الأب والجد وغيرهما من العصبات؛ لأن شرط الحفظ والأمانة والقدرة، والصيانة شرط عام ينطبق على الأب والجد وغيرهما على السواء .

ولاية النكاح والتزويج

ينشأ حق الولاية فى الزواج مما يأتى :

١ ـ القرابة ـ ٢ ـ الملك ـ ٣ ـ الولاء ـ ٤ ـ الإمامة

---

(١) راجع أحكام الصغار المطبوع على هامش كتاب جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠١ .

السبب الأول ـ وهو القرابة . قال أبوحنيفة : إن الولاية تثبت بسبب القرابة بين الولى والمولى عليه بمجرد وجود أصل القرابة لا كمالها ؛ لأن كمال القرابة شرط لتقدم بعض الأولياء الأقارب على بعض فكل قريب من المولى عليه يمكن أن يكون ولياً فى تزويجه سواء أكانت قرابته منه قريبة وكاملة كالأب والجد والابن ، أم بعيدة كابن الخال وابن العم ، أم كانت أبعد من ذلك . فكل قريب أهل لأن تثبت له الولاية . غير أنها تثبت أولا للأقرب فالقريب . ومما يترتب على تفاوت درجات القرابة أنه إذا تولى الأب او الجد زواج الصغير أو الصغيرة كان العقد لازماً ولاخيار لهما فى فسخ الزواج بالبلوغ ؛ كما أن تزويج الأب أو الجد أو الابن الكبير المعتوه والمجنون والكبيرة المجنونة أو المعتوهة هو زواج لازم ولاخيار لهم فى الفسخ بعد الإفاقة .

لكن إذا تولى العقد غير الأب أو الجد أو الابن من الأقارب فإنه يكون غير لازم . ولكل منهما خيار الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة ؛ لأن المفروض فى الأب والابن والجد كمال الشفقه وحسن الرأى . أما غيرهم فليس فيهم كمال الشفقة .

شروط الولاية الثابتة بالقرابة

وماسبق أن ذكرناه من شروط فى الولاية على النفس بالنسبة لحاضن الصغير بعدبلوغه السن المحددة شرعاً وقانوناً لانتهاء حضانة النساء للصغار ليقوم العاصب بتربيته وحفظه هى نفس الشروط التى تشترط فى القريب الذى له ولاية التزويج .ولذلك فلابد فى الولى أن يكون بالغاً عاقلا حراً أهلا لأن يرث من المولى عليه .كان لقريبه وهذا يستتبع اتحاد الدين فإن كان المولى عليه غير مسلم غير المسلم ولاية تزويجه دون القريب المسلم . ولم يشترط الحنفية فى الولى العدالة؛ فالفاسق يصح أن يكون وليا يتولى تزويج موليه؛ لأن له ولاية كاملة على

نفسه فلا مانع أن يتولى أمر غيره ، ولأن عماد هذه الولاية ، وكما قلنا : هو الشفقة ورعاية المصلحة لقريبه . وفسق الفاسق لا يمنع شفقته بابنه ، ولا يحول دون رعايته لمصلحة لقريبه . واشترط الشافعية والحنابلة العدالة فى الولى .

والسبب الثانى ، من أسباب ولاية التزويج : الملك ؛ فالسيد له حق تزويج عبده وأمته ويختار لهما جبراً عليهما . ويروى عن أبى حنيفة أنه لايزوج السيد عبده إلا برضاه . وهذا هو مذهب الشافعية رضى الله عنهم .

شروط الولاية الثابتة بالملك

ويشترط لثبوت الولاية التى مصدرها الملك : أن يكون المالك عاقلا بالغاً ؛ لأن فاقد العقل أو ناقصه ، وكذلك الصبى غير المميز ، لاولاية لهم على أنفسهم فلا ولاية لهم على غيرهم . والصبى المميز عقده موقوف على إذن وليه فلا تكون له ولاية على الغير ينفذ بها عقده .

والسبب الثالث وهو الولاية بسبب الولاء ؛ فالولاء كما ورد فى الأثر لحمة كلحمة النسب ـ والنسب يثبت بسببه الولاية ؛ فكذلك ما حمل عليه .

والولاء نوعان

١ ـ ولاء عتاقة

٢ ـ ولاء موالاة

١ — ولاء العتاقة : هو الحق الذى يثبت للمعتق على عتيقه ويرثه به فتثبت بسببه ولاية التزويج ، فإذا كان العتيق صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً كان لمعتقه ولو أنثى ولاية تزوجه . ويشترط لثبوت هذه الولاية فى المعتق أن يكون عاقلا ، بالغاً ، كما يشترط فى العتيق الاتكون له عصبة نسبية فإن كانت له عصبة نسبية كالابن والأب والأخ والعم فلا يكون لسيده المعتق

ولاية تزويجه ، وإنما يزوجه العاصب من النسب؛ لأن هذه الولاية، كما قلنا، معتبرة بالإرث فالمقدم فى الإرث يكون مقدماً فيها . والعصبة النسبية مقدمة فى الميراث على العصبية السببية .

٢ — ولاء الموالاة : وهو الحق الذى يثبت لشخص على آخر نتيجة عقد يعقده مع آخر؛ يتعاهد فيه وإياه على النصرة... دمه كدمه... يعقل عنه إذا جنى ويرثه إذا مات . فبهذا التعاقد يكون للشخص حق على من تعاقد معه فإذا كان صغيراً كان له ولاية تزويجه. وكذلك إذا جن أو أصيب بعته . ويشترط فى الولى أن يكون عاقلا بالغاً . وأن يكون المولى عليه لا عصبة له نسبية أو سببية .

والسبب الثالث هو الولاية بسبب الإمامة ، حيث يثبت للإمام العام ومن ينوب عنه كالسلطان والقاضى ولاية تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون لعديم الأهلية ولى خاص من الأنواع المتقدمة . وهذه ولاية الإيجاب . أما ولاية الندب والاستحباب فتثبت للإمام العام ومن ينوب منابه فى حالة ما إذا عضل الولى العاصب . كما إذا رفض القريب تزويج قريبته من الكفء . فالولاية على البنت فى هذه الحالة ولاية ندب واستحباب ؛ لأنها تملك تزويج نفسها . ولكنها لما كانت فى حالة لا تستطيع معها أن تتولى عقد الزواج بنفسها بسبب عضل الأولياء والأقارب ، وجب على الولى العام أو القاضى أو السلطان أن يرفع عنها هذا الظلم ويزوجها من الكفء الذى ترضاه بماله من ولاية عامة .

الوصى وولاية التزويج

ليس للوصى ولاية التزويج وإن عهد إليه بها الميت قبل وفاته ، لأنه حين يعطى الولى ولاية التزويج لغيره ، وهو على قيد الحياة ، بطريق الوصاية بها ،

يكون بمثابة نقل لولايته حال حياته إلى شخص آخر . وهى لا تحتمل النقل حال الحياة فكذلك لاتحتمله بعد الوفاة . وينقل عن الإمام مالك مايفيد أن الميت لوأوصى على التزويج : فللوصى أن يزوج، كما لو وكله بالتزويج فى حال الحياة ؛ أما إذا لم ينص على التزويج فلا يملك الوصى هذا الحق .

ترتيب أصحاب حق ولاية الإجبار

مذهب الحنفية أن ولاية الإجبار فى التزويج تكون للأب والجد ولغيرهما من الأقرباء وغير الأقرباء واختلفوا فى اشتراط العصوبة فى ثبوت أصل ولاية الإجبار بالنسبة للأقارب على التفصيل الآتى :

١ — يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن ولاية الإجبار كما تكون للعصبة من الأقارب تكون لغير العصبة منهم .

٢ — ويرى الإمام محمد أن ولاية الإجبار لا تكون لأحد من الأقرباء غير العصبة .

واتفق الجميع على أن الأقارب غير العصبة مؤخرون فى الترتيب عن العصبة النسبية والعصبة السببية أيضاً .

شروط الولى فى الزواج

عدالة الولى

قلنا سابقاً : إن الأحناف لايشترطون العدالة فى الولى ؛ فالفاسق يصح أن يكون ولياً فى تزويج ابنته غير أنه إذا كان فاسقاً متهتكاً لايبالى بما يصنع فإن عقده على موليته لا ينفذ إلا إذا توافرت فى عقده عليها المصلحة، أى يكون الزواج من كفء وبمهر المثل . واشترط الشافعية والحنابلة فى الولى العدالة ، فقد جاء فى كتاب أحكام الصغار : «والسفيه وإن كان بالنسبة للنكاح وتوابعه غير محجور

عليه بل ولايته كاملة فيه فمنع ولايته على غيره فى الزواج لأنه مفسد لا رأى له فلا تكون له الولاية على النفس فى هذه الحالة . . . » .

ولاية الإجبار والاختيار

تنقسم الولاية بحسب حالة المولى عليه إلى ولاية إجبار أو إيجاب، وإلى ولاية ندب واستحباب، وتسمى ولاية اختيار .

ولاية الإجبار

ولاية الإجبار هى التى تثبت لصاحبها جبراً على المولى عليه وتخوله الحق فى تزويج المولى عليه من غير توقف على رضاه واختياره ؛ كالولاية على الصغيرة والمجنونة والصغير والمجنون فإن وليهما يستطيع أن يزوجهما جبراً عليهما من غير توقف على رضاهما واختيارهما .

ولاية الندب والاختيار

ولاية الندب والاختيار هى التى تخول صاحبها النظر فى شئون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته؛ فلا يملك بها الولى تزويج المولى عليه من غير رضاه واختياره . ويستطيع المولى عليه أن يزوج نفسه من غير توقف على رأى الولى ورضاه . وذلك كولاية تزويج الحرة العاقلة البالغة ، فإنها تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها . ولكنه يستحب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها . فإن ذلك من المحاسن التى ينبغى أن تراعى ، حفظاً للمرأة من مظاهر التبذل .

تنبيه

تقسيم الولاية بالنظر إلى المولى عليه.إلى ولاية إجبار وإلى ولاية ندب واستحباب هو طريقة الإمام أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف فى بعض الروايات عنه .

وللشافعى ومحمد فى المشهور عنه ، وابى يوسف فى رواية أخرى ، اعتبار آخر فى تقسيم هذه الولاية ، حسب البيان الآتى :

تقسيم الشافعية ومن معهم للولاية

قسم الشافعية ومن معهم الولاية إلى قسمين :

١ — ولاية الاستبداد

٢ — ولاية الشركة

ولاية الاستبداد

وولاية الاستبداد هى التى يملك بها الولى التفرد بتزويج المولى عليه من غير أن يشركه معه فى الرأى وذلك كولاية تزويج الصغير والمجنون . والخلاف بين الحنفية والشافعية هنا هو فى الاسم الذى اختير مقابلا لاسم النوع الثانى من الولاية. وهى ولاية الشركة بدلا من ولاية الندب والاختيار.

ولاية الشركة

أما ولايه الشركة فهى الحق الذى يملكه الولى فى تزويج المولى علية ، مع اشتراكه معه فى الرأى والاختيار ، فالولى لايملك التفرد بتزويج المولى عليه بل لابد من موافقته على الزواج ورضاه به . وذلك كولاية تزويج الثيب الكبيرة العاقلة ، فإن أمر زواجها شركه بينها وبين وليها ، فرأى كل منهما معتبر ولابد منه ، ولا يملك أحد الانفراد به دون رضا الآخر .

والشافعى يحتم أن يتولى الولى العقد بنفسه ولا تباشره المولى عليها . فعقد الزواج عنده لا يصح بعبارة المرأة مطلقاً، سواء أكانت تعقده لنفسها أم كانت تعقده لنفسها بالنيابة عنه. وفى هذه المسألة يختلف مع الشافعى الإمام محمد وهو الذى وافقه من فقهاء الأحناف على القول بتقسيم الولاية إلى ولاية الاستبداد وولاية الشركة ويقول: إنه لامانع فى ولاية الشركة بالنسبة لعقد الزواج من أن تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها . وعبارتها صحيحة معتبرة تفيد ما تفيده عبارة الرجل بعد تحقق رضاء وليها، الا أنه يحسن أن تكل إلى وليها إجراء العقد

حفاظا عليها من التبذل و بعدا بها عن موقف يدل على انعدام الحياء . لكن لو قبلت المرأة العاقلة البالغة أن تقف هذا الموقف، وأن تباشر حقها بنفسها فلها أن تفعل وينعقد العقد بعبارتها متى استوفى شروطه وأركانه، ويتوقف على رضا وليها .

من تثبت عليه ولاية الإجبار «الاستبداد»

اختلف الحنفية والشافعية فيمن تثبت عليه ولاية الإجبار من الأحرار،

فقال أبو حنيفة : تثبت هذه الولاية على الصغير، والصغيرة، والمجنون ، والمجنونة. أما البالغ العاقل ، والبالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً ، فلا تثبت على أحد منهم ولاية الإجبار .

وقال الشافعية بثبوت ولاية الإجبار على المرأة البكر ، وعلى الغلام الصغير . وعلى المجنون والمجنونة .

المسائل التى اتفق عليها الحنفية والشافعية فى هذا الباب

اتفق الحنفية والشافعية على أن ولاية الإجبار ثابتة على الغلام الصغير، وعلى المجنون الكبير والمجنونة الكبيرة — وعلى البكر الصغيرة . أما الثيب فتثبت عليها عند الشافعية ولاية الشركة ، ويقول أبو حنيفة ، ومن تابعه فى رأيه ، إن الثابت عليها هو ولاية الاختيار والاستحباب .

الأمور التى اختلف فيها الحنفية والشافعية

اختلف الحنفية ، والشافعية ، فى البكر البالغة وفى الثيب الصغيرة ، فالحنفية يقولون : إن البكر البالغة ليس عليها ولاية إجبار ، بخلاف الثيب الصغيرة فإن الولاية عليها ولاية إجبار بسبب الصغر ، والشافعية يقولون إن الولاية على البكر البالغة ولاية إجبار بسبب البكارة . أما الثيب الصغيرة فليس عليها ولاية إجبار . ولا يمكن ان تتزوج حتى تبلغ فتكون الولاية

عليها حينئذ ولاية شركة . وسبب اختلاف الفقهاء فى هذه المسائل ، هو اختلافهم فى المناط الذى يدور عليه الإجبار حسب التفصيل الآتى :

المناط الذى يدور عليه الاجبار

يرى المالكية والشافعية والحنابلة ، أن المناط هو البكارة فى الأنثى ، والصغر فى الغلام ، والجنون فيهما . فإذا تحقق هذا المناط فى الشخص المولى عليه تثبت لوليه ولاية الإجبار عليه، فيملك تزويجه جبراً عليه. ولذلك يملك الولى تزويج المجنون والمجنونة جبراً عليهما، ودون توقف على رضاهما، سواء فى ذلك أن يكونا كبيرين ، أو صغيرين . وكذلك البكر العاقلة، يزوجها وليها دون توقف على رضاها واختيارها سواء كانت صغيرة أو كبيرة .

أما الثيب فلا يملك أحد عليها ولاية الاستبداد سواء أكانت صغيرة أم كبيرة . وهى وإن كانت صغيرة ، فلا يملك أحد تزويجها لا الأب ولا غيره ، نظراً لأنه لا رأى لها لصغرها . أما إن كانت كبيرة فعليها ولاية الشركة فقط . ونص الشافعية على أنه يستوى فى حصول الثيوبة أن تزول البكارة بوطء فى قبلها حلالا كالوطء بنكاح ، أو حراما كالزنا ، أو بوطء لا يوصف بهما كوطء بشبهة . ولا فرق فى ذلك أن يكون فى نوم أو يقظة . ولا أثر لزوال البكارة بلا وطء فى القبل .

أما الأحناف فالمناط عندهم فى ثبوت ولاية الإجبار هو الصغر وما فى معناه ، ولا دخل للبكارة أو الثيوبة فى ذلك ، فالبكر البالغة لا تثبت عليها الولاية لانتفاء الصغر الذى هو مناط ثبوت الولاية ، والثيب الصغيرة تثبت عليها الولاية لتحقق مناط ثبوتها وهو الصغر .

وعلى هذا الرأى يجرى العمل فى المحاكم . غير أنه فى سنة ١٩٢٣ صدر قانون تحديد سن الزواج وهو يقضى بمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية

إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة وقت العقد ، كما يقضي بمنع المأذونين من مباشرة عقد الزواج الذي تقل فيه سن أحد الزوجين عن السن المقررة ، وعدل هذا القانون سنة ١٩٣١ تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية بأن قصر المنع من سماع الدعوى على صورة واحدة وهي ما إذا كانت سن الروجه تقل عن ١٦ سنة أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة وقت التقاضي . ومعنى هذا أن الرجل إذا زوج ابنته الصغيرة بمقتضى ولايته الشرعية بدون كتابة العقد في وثيقة . ثم نشأ خلاف بين الزوج وزوجته فاضطرت لرفع الأمر للقضاء امتنع القاضي من سماع الدعوى إذا كانت سن الزوجة وقت التقاضي أقل من ست عشرة سنة ، أو سن الزوج أقل من ثماني عشرة سنة . أما إذا كانت سنهما وقت التقاضي متفقة مع ما نصت عليه المادة ٩٩ من المرسوم ٧٨ بقانون سنة ١٩٣١ وهو ست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة سنة للزوج فعلى القاضي سماع الدعوى ونظرها وإن كانت السن أقل من ذلك وقت العقد . هذا ويجب أن يكون مفهوماً أن عدم سماع الدعوى المنصوص عليها في المادة المذكورة ـ خاصاً بصغر سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، والزوج عن ثماني عشرة سنة ـ لا يمنع من سماع الدعوى بعد ذلك عند بلوغهما هذه السن . ونص المادة المذكورة هو الآتي :

مادة ٩٩ — لا تسمع دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبه التزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود . ويشترط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية ، إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك .

ولا تسمع، عند الإنكار، دعوى الزوجية، أو الإقرار بها، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ .

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة إلا بأمر منا .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق .

تنبيه

لم يتعرض القانون لتزويج غير الصغار وهم المجانين والمعاتيه ، فبقيت الولاية عليهم كما كانت من الناحية العملية والشرعية .

ولا يفهم من هذا الذى نصت عليه المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ المذكورة سابقاً ومن منع القانون المأذونين من مباشرة عقد زواج الصغيرة التي يقل سنها عن ١٦ سنة والصغير الذى تقل سنه عن ١٨ : أن القانون سلب أولياء الصغار الذين يقل سنهم عن ١٨ سنة حقهم في تزويجهم ؛ إذ الولاية حق أعطاه له الشارع وله وحده سلبه منه ، ولذلك يكون للأولياء شرعاً حق تزويج الصغار بعقود عرفية وبحضرة الشهود . مع استيفاء باقي شروط النكاح الشرعية ؛ إذ لا مانع من ذلك أصلا . فعدم سماع الدعوى إذا كانت سن أحد الزوجين

أقل من السن المحددة قانوناً إنما شرع لحث الناس على تسجيل عقود الزواج وعدم الإسراع فى تزويج أبنائهم فى سن لا يستطيعون فيها أن يتحملوا أعباء الحياة الزوجية بقدرة ومهارة .

والذى نلاحظه ، الآن ، كأثر للقانون المذكور ، هو التماس الناس الحيل والادعاءات الكاذبة فى تقدير السن . كذلك اختفى بعد ظهور هذا القانون مسائل كثيرة من قضايا تزويج الصغار كخيار البلوغ وغيره .

من له ولاية الاجبار

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف، فى رواية مرجوحة عنه، أن ولاية الإجبار كما تكون للعصبة من الأقارب ، تكون لغير العصبة من الأقرباء أيضاً[1].

ويرى الإمام محمد فى رواية مشهورة عنه أن ولاية الإجبار بالنسبة لولاية الأقارب هى للعصبة بالنفس فقط .

ترتيب الاولياء حسب رأى أبى حنيفة وأبى يوسف

يكون ترتيب طوائف الأولياء حسب رأى أبى حنيفة وأبى يوسف هكذا:

١ — العصبة السببية على الترتيب الخاص بها .

٢ — العصبة النسبية .

٣ — الأقرباء غير العصبة.

٤ — مولى الموالاة .

٥ — السلطان والقاضى .

ويقدم من العصبة النسبية الأقوى فالقوى فى العصوبة حسب ترتيبهم فى الميراث وهم :

١ — الأبناء ثم أبناؤهم وإن نزلوا .

---

(١) فتح القدير جـ٢ ص ٤١٣ .

٢ — الأب ، ثم الجد أبو الأب ، ثم أبوه وإن علاه .

٣ — الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب ، ثم أبناء الإخوة الأشقاء، ثم أبناء الإخوة لأب ، وهكذا مهما نزلوا .

٤ — الأعمام الأشقاء، ثم الأعمام لأب، ثم أبناء الأعمام الأشقاء، ثم أبناء الأعمام لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عمه لأب ، ثم ابن عم الأب الشقيق ثم ابن عم الأب لأب وهكذا .

النوع الأول ممن لهم ولاية الاجبار

قال الأحناف: يقدم الأبناء فى الولاية على من عداهم ، فمتى وجد واحد منهم كانت له الولاية . فإذا لم يوجد واحد من أهل صنف من الأصناف الثانية انتقل حق الولاية إلى من بعده من الصنف الثالث (الإخوة وأبناؤهم) على أن يقدم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب الخ . ثم تنتقل الولاية عند انقراض الصنف الثالث إلى الصنف الرابع، وهم الأعمام الأشقاء ، ثم الأعمام لأب، ثم أبناء الأعمام الأشقاء ، ثم لأب ، ثم عم الأب الشقيق، ثم عمه لأب .

وقال الأحناف : لو اجتمع الابن والأب استحق الابن الولاية دون الأب ؛ فالمجنونة التى لها أب وابن الولاية عليها لابنها دون أبيها ؛ لأن ابنها أقوى فى العصوبة بالنسبة لها من الأب ؛ فالإبن فى الميراث إذا اجتمع مع الأب كان هو العصبة دون الأب . وهذا هو رأى الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف .

وقال الإمام محمد : يقدم أبو المجنونة على ابنها لأن الأب أوفر شفقة من الابن، ولإنه يكون ولياً فى المال أيضاً . وقال صاحب البدائع: الأفضل أن يفوض ابنها إلى أبيها أمر تزويجها تعظيما لمكانة الأبوة .

والترتيب بين أهل كل صنف مرتبون فيما بينهم على حسب قرب درجتهم

من الولى عليه . وصاحب الواسطة الواحدة بينه وبين المولى عليه مقدم على صاحب الواسطتين — فالابن مقدم على ابن الابن . والأب مقدم على الجد — والعم مقدم على ابن العم .

وإذا كان هناك أكثر من ولى وكانوا من صنف واحد ودرجة واحدة كالأخوين مثلا ، قدم أقواهما قرابة للمولى عليه ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ من الأب ، والعم الشقيق على العم من الأب ، فإن استووا فى القوة أيضاً بأن كانوا جميعاً أشقاء ، أو كانوا جميعاً لأب كانت الولاية الفعلية لهم جميعاً . فإذا تولى العقد أحدهم فإنه يقع صحيحاً ونافذاً . وليس لأحد من الباقين حق الاعتراض ، لأن الولاية حق واحد لايتجزأ وهو ثابت لكل منهم على الكمال ، فإذا أدى مقتضاه واحد منهم نفذ على الباقين .

وإذا لم يكن للمولى عليه عصبة نسبية ، انتقلت الولاية للعصبة السببية ، وهى التى تكون بسبب العتق ، فتكون الولاية على العتيق ، أو العتيقة ، للمعتق أو المعتقة ، ثم لعصبته النسبية على حسب الترتيب الذى أوضحناه فى العصبة النسبية سابقاً . والدليل على ثبوت الولاية عن هذا الطريق قول الرسول صلى الله عليه وسلم (الولاء لحمة كلحمة النسب) فإذا كان المولى عليه حر الأصل أو كان عتيقاً ليس له أحد من العصبة السببية . فالولاية تكون لبقية الأقارب من ذوى الأرحام وأصحاب الفروض فى باب الميراث فهم مقدمون على الأولياء الذين ليست لهم قرابة بالمولى عليه ، كمولى الموالاة والسلطان والقاضى ، وذلك لوجود الشفقة عندهم أكثر من غيرهم . وفى ترتيب هؤلاء فى الولاية آراء متعددة ، أرجحها ماقيل : من أن الولاية تكون للأم أولا . وتأتى بعدها الجدة أم الأب ، والجدة أم الأم . والبنت ، وبنت الابن وبنت البنت ، وبنت ابن الابن ، وبنت بنت البنت ، والجد أبو الأم . والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخ والأخت من الأم على سواء .

وأولاد الأخوات على ترتيب أمهاتهم . والأعمام من الأم ، والعمات والأخوال ، والخالات ، وأولادهم على حسب هذا الترتيب .

ثم ينتقل هذا الحق إلى مولى الموالاة عند عدم وجود ورثة لأنه آخر الورثة ، فلمولى الموالاة فى هذه الحالة أن يزوج ، سواء كان المعتق ذكراً أو أنثى ، وهذا عند أبى حنيفة ؛ لأنه آخر الورثة . وعند أبى يوسف ومحمد ليس له ولاية التزويج أصلا ورأساً لأن العصوبة شرط عندهما ولم توجد .

وينتقل الحق فى ولاية الإجبار بعد ذلك إلى السلطان والقاضى بشرط أن لا يكون هناك ولى أصلا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : السلطان ولى من لا ولى له» .

فروع فقهية:

١ — ليس للوصى تزويج الصغير أو الصغيرة . ولو كان الأب قد أوصى إليه بذلك ، على ما هو المعتمد من مذهب أبى حنيفة .

٢ — ليس للقاضى ، الذى انتقلت إليه ولاية تزويج الصغيرة أن يزوجها من نفسه ؛ ولا ممن لا تقبل شهادته له ؛ كأبيه وابنه .

حكم تزويج الأولياء

١ — إذا زوج الولى الأبعد مع وجود الولى الأقرب كان العقد موقوفا على إجازة الأقرب إلا أن يكون هذا الأقرب به مانع من موانع الولاية كالصغر والجنون فإنه حينئذ ينفذ عقد الولى الأبعد ولا يتوقف .

٢ — إذ غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة ، أو كان لا يدرى مكانه ، وخيف فوات الخاطب الكفء فإن للولى البعيد أن يزوج الصغيرة ويكون عقده نافذاً حيث يكون فى هذه الحالة بمثابة من انتقل إليه حق الولاية لمانع لدى من له الحق فيها . ولهذا لو زوج الولى الأقرب المولى عليها وهو فى

فى غيبته لاينفذ عقده لبطلان ولايته ، أو يعتبر الولى الأبعد قد اكتسب بغياب الولى الأقرب الولاية باعتباره وليا آخر منضما مع الولى الأقرب متحداً معه فى الدرجة والقوة . وعلى هذا الاعتبار كان له حق التزويج ؛ لأن بعده مع حضوره يعادل قرب الآخر مع غيبته فتساويا فى الدرجة . وتفريعاً على ذلك : لو أن الولى الأبعد زوج الصغيرة وهو غائب نفذ عقده لأن ولايته لم تبطل .

٣ — إذا عضل المرأة وليها الأقرب ، وكان ذلك بغير حق ، بأن كان الخاطب كفئاً ، فإن الأمر يرفع إلى القاضى لرفع الظلم عنها وتزويجها . ولا تنتقل الولاية فى هذه الحالة إلى الولى الأبعد . بل يزوج القاضى المرأة الكفء الذى يريد الزواج بها ؛ حيث هو الذى يرجع إليه لرفع الظلم . وهو فى هذه الحالة يكون قد ناب عن الولى العاضل .

٤ ـ وإذا كان الولى العاضل غير أب أو جد ـ وتم الزواج بمعرفة القاضى يثبت للصغيرة خيار البلوغ ؛ لأن تزويج غير الأب والجد من الأولياء غير لازم ، ففيه خيار البلوغ ، فكذلك تزويج القاضى لها لأنه نائب عنه . أما إذا كان الولى العاضل أباً أو جداً للصغيرة ، وزوجها القاضى ، فلا يكون للصغيرة خيار البلوغ ، لأن تزويج الأب والجد لازم . والقاضى فى هذه الحالة نائب عن العاضل الذى لو زوج لكان عقده لازما .

وإذا كان تزويج القاضى للصغير أو الصغيرة ، باعتباره ولياً ، فإنه يكون لهما خيار البلوغ من غير شك .

الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها

يقول ابن رشد[1] : وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣ لابن رشد

لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية : الإسلام ؛ والبلوغ، والذكورة وأن سوالبها أضداد هذه ؛ أعنى: الكفر، والصغر، والأنوثة . واختلفوا فى ثلاثة ؛ العبد، والفاسق، والسفيه. فأما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة ، وأما الرشد فالمشهور فى المذهب ـ أعنى عند أكثر أصحاب مالك ـ أن ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى ذلك من شرطها، وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى . وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب. وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال. فمن رأى أنه قد يوجب الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه أن يكون رشيداً فى المال . ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد فى المال . وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة ألا يختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال : إن الحالة التى بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى موجودة بالطبع ، وتلك العدالة الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته »[١] .

ما قاله فقهاء الأحناف

ويمكن تلخيص الشروط التى يجب توافرها فى الولى كما ذكرها صاحب بدائع الصنائع فى الآتى :

١ — العقل

٢ — البلوغ

٣ — أن يكون ممن يرث

٤ — أن يكون متحداً فى الدين مع المولى عليه ، واستثنى من هذا الشرط الإمام ومن ينوب عنه ، حيث تثبت له الولاية على أفراد رعيته من

(١) بداية المجتهد للامام الحافظ ابن رشد القرطبي ج ٢ ص ١٣ و ١٤

المسلمين أو غيرهم ، لأن الإمام له الولاية العامة التى لا تتحقق مصالح الكافة إلا بها.

فلا تثبت الولاية للمجنون ، ولا للصبى ؛ لأنهما ليسا من أهل الولاية، ولهذا كانت ولايتهما على نفسيهما منتفية، فالأولى انتفاء ولايتهما على غيرهما. ولا ولاية للمملوك على أحد لأنه لا يرث أحدا ، ولأن المملوك ليس من أهل الولاية ، ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه . ولأن الولاية تنبيء عن المالكية ، والشخص الواحد كيف يكون مالكا ومملوكا فى زمان واحد . وهذه الولاية ولاية نظر ومصلحة، ومصالح النكاح لا يتوقف عليها إلا بالتأمل والتدبر . والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتأمل والتدبر فلا يعرف كون إنكاحه مصلحة . كذلك لا ولاية للمرتد على أحد — لا على مسلم ، ولا على كافر ، ولا على مرتد مثله — لأنه لا يرث أحدا ولأنه لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه أحدا لا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا مثله ، فلا يكون له ولاية على غيره ، ولا ولاية للكافر على المسلم لأنه لا ميراث بينهما قال رسول الله صلى الله عليه مسلم « لا يتوارث أهل ملتين شيئاً » والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لأن الشرع قطع ولاية الكافر على المسلمين قال تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[1] » . وقال صلى الله عليه وسلم: « الإسلام يعلو ولا يعلى » وفى إثبات ولاية الكافر على المسلم إشعار بإذلال المسلم من جهة الكافر . وهذا لا يجوز . ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر[2] . وكذلك إن كان الولى مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه؛ لأن المسلم لا يرث الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن » لكن خص من هذا الحديث ولد المرتد إذا كان مؤمناً .

---

(١) آية رقم ١٤١ — سورة النساء .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٣٩ .

ولاية الفاسق

يرى الأحناف أن العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية ، وأن للفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصَغيرين . وعند الشافعى العدالة شرط وليس للفاسق ولاية التزويج ، واحتج بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لانكاح إلابولى مرشد » والمرشد بمعنى الرشيد كالمصلح بمعنى الصالح ، والفاسق ليس برشيد ، والولاية من باب الكرامة ، والفسق سبب الإهانة ، ولهذا لاتقبل شهادة الفاسق .

وقد رد الحنفية قول الشافعى وناقشوا أدلته فقالوا : إن الله خاطب الأولياء دون تفصيل بين ولى عدل وولى فاسق فأمرهم بإنكاح الأيامى المشمولين بولايتهم فقال جل شأنه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) - وكذلك فعل رسول الله صلوات الله وسلامة عليه فقال : « زوجوا بناتكم الأكفاء » من غير فصل بين أب عادل أو فاسق . وإلى يومنا هذا يزوج الآباء بناتهم من غير نكير من أحد وكان هذا مفخرة للزوجات دائماً . وولاية الإجبار ولاية نظر ، والفسق لايقدح فى القدرة على تحصيل النظر ، ولا فى الداعى إليه وهو الشفقة ، وكذا لا يقدح فى الوراثة ، فلا يقدح فى الولاية كالعدل . ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ، ولهذا قبلنا شهادته ، ولأنه من أهل أحد نوعى الولاية وهو ولاية الملك ، حتى كان له أن يزوج أمته ، فيكون من أهل النوع الآخر . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولى مرشد » فقد قيل إنه لم يثبت بدون هذه الزيادة ؛ فكيف يثبت مع الزيادة ، ولو سلمنا أنه حديث ثابت فإننا نقول بموجبه ؛ إذ الفاسق مرشد لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد وهو العقل فكان هذا نفياً لولاية المجنون ، وبه نقول ؛ فالمجنون لايصلح وليا . والمحدود

فى قذف إذا تاب فله ولاية الإنكاح بلا خلاف ؛ لأنه إذا تاب فقد صار عدلا . أما إذا لم يتب فتقبل شهادته عند الأحناف ولا تقبل عند الشافعية .

ولاية المجنون

إذا كان صاحب الحق فى الولاية مجنوناً ، فإما أن يكون جنونه مطبقاً وهو ما يستمر شهراً على الأقل ، وإما ألا يكون مطبقاً . فإن كان جنونه مطبقاً ، سلبت عنه الولاية وانتقلت إلى من يليه ولا تنتظر إفاقته ، وإن كان جنونه غير مطبق . فإنه لا تسلب ولايته ، بل تنتظر الإفاقة ، إلا إذا كان انتظاره يفوت الخاطب الكفء ، فإن قبل الخاطب انتظار إفاقته صح ذلك ، واستمرت له الولاية الفعلية فى التزويج .

زواج المرأة المكلفة بدون ولى

يشتمل البحث فى زواج المرأة المكلفة بدون ولى على مسألتين هما :

١ — هل إذن الولى شرط فى صحة زواج المرأة العاقلة البالغة أو ليس بشرط؟

٢ — هل يصح عقد النكاح بعبارة النساء أو لا ؟

أما المسألة الأولى فقد اختلف فيها العلماء حسب البيان التالى :

رأى الأحناف

ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ، فى ظاهر الرواية ، وزفر ، إلى أن زواج العاقلة البالغة صحيح سواء أذن لها الولى بالزواج أو لا ؛ فإن ليس بشرط ، وأن العقد يصح متى كانت المرأة عاقلة بالغة سواء كانت بكراً أو ثيباً ؛ لأن الولاية بالنسبة لها ولاية ندب واستحباب ، فيصح العقد وينفذ بدون رضا الولى . وهو لازم على الأولياء متى توافرت فيه المصلحة بأن كان الزوج كفئاً وكان المهر مهر المثل . أما إذا كان الزوج غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل فالعقد لا يلزم الأولياء إلا إذا رضوا به ، أو سكتوا حتى ولدت المرأة ، أو كان بها حبل ظاهر . وروى الحسن عن

أبى حنيفة أنه فى حالة تزوج المرأة بغير كفء يكون العقد باطلا من أول الأمر . وهذه الرواية هى التى اختيرت للفتوى .

وقال محمد : إن إذن الولى شرط فى نفاذ العقد لا فى صحته . فإن عقدته المرأة بدون إذن الولى انعقد عقدا صحيحاً موقوفاً على إجازة وليها . يستوى فى ذلك أن تكون العاقدة بكراً أو ثيباً، لأن الولاية بالنسبة لها ولاية شركة، فلا يستبد أحدهما بالعقد، بل يتوقف العقد من أحدهما على إجازة الآخر.

رأى الظاهرية

وقال داود الظاهري: إن العاقدة لو كانت ثيباً كان عقدها صحيحاً ولا حاجة إلى إذن وليها . أما البكر فالعقد عليها بدون رضاها باطل .

رأى جمهور الفقهاء

وذهب الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى، وأحمد إلى أن رضا الولى وإذنه شرط فى صحة العقد ، بل إنه يلزم لصحة العقد أن يباشره بنفسه أو يوكل به غيره من الرجال . وقالوا : إن المرأة المكلفة إذ كانت بكراً ، فالولاية عليها ولاية استبداد « إجبار » يكون الأمر فيها إلى الولى وحده ، وإن كان يندب أخذ رأى المرأة . وإن كانت ثيباً ، كانت الولاية عليها ولاية شركة فلا بد فيها من إذن الولى ورضاه .

الأدلة

أدلة الأحناف

استدل أبو حنيفة، ومن وافقه، بما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صُماتها » ـ حديث صحيح متفق عليه .

وجه الاستدلال : الجملة الأولى من الحديث تفيد أن الأمر فى زواج البالغة والعاقلة إلى نفسها ، وأن لها من الحق فى أمر زواجها ما ليس لوليها

عليها ، وأثر ذلك إنما يكون فى أنها تملك أن تتزوج برأيها وحدها ، فإذا كان للولى معها شىء من الحق فهو استحباب أخذ رأيه ، وأن يكون الزواج برضاه . وذلك معنى ولاية الاستحباب . ويستوى فى ذلك أن تكون المرأة ثيبا أو بكراً ، فإن الأيم هى التى لا زوج لها مطلقاً .

وعلى فرض أن المراد بالأيم ، فى هذا الحديث ، الثيب خاصة ، كما جاء فى رواية أخرى بلفظ : «الثيب أحق بنفسها من وليها» فإن حكم البكر يستفاد من الجملة الثانية من الحديث ، فإنها تأمر باستئمار البكر ، وأخذ رأيها فى زواجها ، ولم تجعل للولى حقا معها . ثم تشير هذه الجملة الثانية إلى الفرق بين الثيب والبكر ، وهو أن البكر ينبغى أن يكتفى منها بالسكوت فى الدلالة على رضاها بالزواج ، نظراً لما عندها من الحياء الذى يمنعها ، عادة ، من التصريح برغبتها فى الزواج ، لاسيما إذا كان المستأمر هو الأب أو الجد .

أدلة جمهور الفقهاء

واستدل الأئمة الثلاثة بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » . وقوله عز وجل : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض » قال الشافعى رضى الله عنه : قوله تعالى : «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » أصرح دليل على اعتبار الولى ، وإلا لما كان لعضله معنى .

وأما السنة : فمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى » وما رواه ابن ماجة من أن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، قال : «لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» أخرجه الدار قطنى بإسناد على شرط الشيخين بقوله صلى الله عليه وسلم : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » .

وجه الاستدلال : الحديث الأول والثالث يدلان على أن صحة زواج

المرأة موقوفة على إذن وليها ، وأنه إذا وقع الزواج بغير إذنه كان باطلا . والحديث الثانى « لا تزوج المرأة المرأة . . . » دل على عدم صحة النكاح إذا تم بعبارة المرأة دون عبارة الولى. وهذا يدل على أن إذن الولى ومباشرته للعقد شرط فى صحته .

مناقشة الأحناف لأدلة الجمهور

وقد رد الأحناف أدلة جمهور الفقهاء. فقالوا: إن حديث «لا نكاح إلا بولى» لا يصح الاحتجاج به ؛ لأنه مضطرب الإسناد اضطرابا شديدا . وهو ـ مهما علت درجته ـ لا يعارض الحديث المتفق على صحته، وهو حديث: «الأيم أحق بنفسها من وليها». أما حديث: «أيما امرأة» فهو من رواية ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن ابن شهاب الزهرى عن عائشة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم. لكن ابن جريج سأل عنه ابن شهاب الزهرى فأنكره ؛ فقال له: إن سليمان حدثنا عنك . فأثنى على سليمان ، وقال أخشى أن يكون قد وهم وهذه عبارة يقرر العلماء أنها تدل على الإنكار؛ فالحديث إذن ضعيف، ولا يصح الاستناد إليه. ويدل على ضعفه؛ أيضا، أن السيدة عائشة التى نسبت إليها روايته لم تعمل به ، فقد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر، وكان غائبا ، فلما حضر غضب لذلك ؛ وقال : أمثلى يصنع به هذا ؟ أو يفتات عليه فى بناته ! ثم لم ينقل عنه أنه أبطل العقد لوقوعه بدون حضوره أو إذنه .

حكم انعقاد الزواج بعبارة المرأة

وأما المسألة الثانية ؛ وهى انعقاد الزواج وصحته بعبارة المرأة الرشيدة ، ففيها الخلاف المتقدم بين الحنفية وجمهور الفقهاء؛ فقال جمهور الحنفية: إن العقد يصح بعبارة المرأة البالغة الرشيدة ، سواء كانت تعقده لنفسها أو لغيرها. وقال الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد: إنه لا يصح بعبارة النساء مطلقاً .

وقال الإمام محمد ، وهو من كبار فقهاء الحنفية: إن العقد ينعقد موقوفا على إذن الولى .

الأدلة

أدلة جمهور الحنفية

استدل جمهور الأحناف بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فلا جناح جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف » .

وجه الاستدلال : أسند الله سبحانه وتعالى، فى هذه الآيات وفى غيرها، النكاح إلى المرأة . والأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى . وقد جعل الله فى الآية الأولى حل المطلقة ثلاثا موقوفا على أن تزوج المطلقة نفسها رجلا غير مطلقها . والظاهر من الآيتين الثانية والثالثة، أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله فى نفسها من معروف راجع وصادر عنها ، وأنه أمر جائز ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولى . فدل ذلك على أن عقد النكاح ينعقد بعبارتها بالنسبة لنفسها .

وأما السنة : فقد استدل الحنفية بما سبق أن استدل به جمهورهم من قبل، ومن ذلك قول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها »

وجه الاستدلال : جعل الحديث للمرأة الحق فى أمر زواجها ، ولم يمنع أن تباشر العقد بنفسها .

كما استدلوا بما رواه أبو داود والنسائى : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر ، وصمتها إقرارها » .

وجه الاستدلال : جعل الحديث للثيب الحق فى أن تتصرف فى نفسها وحدها

ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها . وهو ، بعمومه ، يتناول مايتعلق باختيار الأزواج ، وما يتعلق بالعقد . أما البكر فنظراً لعدم إلفها الرجال ،ومايغلب عليها، عادة، من الحياء ، الذى يمنعها من التصريح بالرضا، فضلا عن مباشرتها العقد، فقد اكتفى الشارع منها، ترخيصا لها ، بأن تبدى مايدل على رضاها بالزواج . وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد ، الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة،فالبكر مادامت عاقلة بالغة فهى كالثيب،سواء بسواء ،فيما يختص بأمر النكاح. وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته البلوغ والعقل. وقد ثبت لها الحق متى كانت كاملة الأهلية أن تباشر جميع حقوقها المالية ، فكذلك عقد الزواج بل هو أولى، لتعلقه بنفسها، إذا النفس أغلى من المال. ولا يعدو أثر البكارة المستلزمة للحياء أن يكون بالاكتفاء منها بما يفيد رضاها، ويدل عليه ، كما دلت على ذلك الروايات العديدة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ؛ فلو فرض أن بكراً أرادت ألا تجرى على عادة الأبكار ، ولم يمنعها الحياء ، أن تصرح برغبتها ، وأن تباشر حقها بنفسها ، فلا يكون هناك فرق بينها وبين الثيب فى ثبوت هذا الحق لها ، وجواز عقدها ، وصحته متى استوفى الشروط الشرعية الأخرى بلا فرق بين الثيب والبكر مطلقاً ، اللهم إلا ما أراده الشارع بالنسبة للبكر ،من منعها من مجالس الرجال؛ مخافة اتهامها بالتبذل وسوء الأدب . وهذا أدب من الآداب الإسلامية العامة التى أباح الشارع،من أجلها ، أن توكل المرأة فى شئونها،من يباشرها فى مجالس الرجال ، فالترخيص للبكر بذلك لايعنى اسقاط حقها فى مباشرة ما أبيح لها أن توكل فيه ، وأن تأذن للغير فى مباشرته . وكيف يتصور العقل أن يسمح إنسان لآخر بعمل هو نفسه لاحق له فى عمله وإثباته ؟ ثم هذه الأحاديث الكثيرة المتعددة التى تدل على طلب استئذان البكر عند ارادة تزويجها ، ومنها أحاديث تفيد رد العقد الذى يعقد عليها وهى كارهة إذا اتم بدون رضاها

وهذه الأحاديث يؤخذ من مجموعها أن رضا البكر شرط فى صحة زواجها . وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المقبول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطاً فى صحة تصرف ثم يحكم ببطلان هذا التصرف إذا ما باشره الشخص بنفسه .

كذلك استدل الحنفية بما روى فى تزوجه، صلى الله عليه وسلم، أم سلمة حيث بعث إليها يخطبها إلى نفسها، فقالت : ليس أحد من أوليائى شاهداً، فقال الرسول، صلى الله عليه وسلم : « ليس أحد من أوليائك ، شاهد ولا غائب، يكره ذلك» وموضع الدليل فى ذلك: ان أم سلمة تزوجت رسول، الله صلى الله عليه وسلم، دون حضور أحد من أوليائها ، كما هو قولها . والقدر المذكور فى الحديث هو محل اتفاق الرواة فى زواج أم سلمة . أما الزيادات الأخرى التى منها قول أم سلمة لابنها، قم ياعمر، فزوج رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فهذه الزيادة محل شك ، لأن عمر ابن أم سلمة وقت زواج الرسول، صلى الله عليه وسلم، بأم سلمة كان صغير السن ، ليس أهلا للتصرف .

ولا يقال: إن هذا كان من خصوصيات الرسول، فإن الأصل هو الاقتداء العام بقول الرسول وفعله . والخصوصية لا بد لها من دليل ، ولا دليل هنا على أن هذا كان خاصا برسول الله صلى الله عليه وسلم .

أما المعقول: فقال الحنفية . إن الواضح والظاهر أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها الولى، ومن هذه المقاصد حل الاستمتاع، ووجوب النفقة ، والسكنى ، والميراث ، إلى غير ذلك من الحقوق التى تكتسب بعقد الزواج. وهناك مقاصد وفوائد أخرى، للأولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة التى يتوقف كما لها على أن يكون الزوج كفئا . والأصل أن الذى يتولى العقد صاحب المقاصد الأصلية فيه. ويكفى فى مراعاة ما للغير من مصالح وحقوق أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن العقد مظنة للفوائد التى ترجى من

هذا العقد بالنسبة لغير صاحب الحقوق الأصلية . فالمرأة إذا تولت العقد بنفسها تكون ، فى هذه الحالة ، قد تصرفت فى خالص حقها . وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة . فصح عقدها إذا تولته بنفسها .

أدلة جمهور الفقهاء

استدل القائلون باشتراط الولى فى مباشرة العقد بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم ، والصالحين من عبادكم وإمائكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن . فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »

وجه الاستدلال .

الخطاب فى الآية الأولى والثانية موجه إلى الأولياء ، فدل على أن الزواج إليهم ، لا إلى النساء . وأما الآية الثالثة فالخطاب فيها ، أيضا ، للأولياء حيث نهاهم عن منع من لهم عليهن ولاية من النساء أن يخترن من يردن من الأزواج . وإنما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع . فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولى لا المرأة . ويؤيد ذلك ما ورد فى سبب نزول هذه الآية ، فقد روى أن معقل بن يسار قال : زوجت أختا لى ، فطلقها زوجها ، حتى إذا انقضت عدتها ، جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك ، وأفرشتك . وأكرمتك . فطلقتها ثم جئت تخطبها ؟ لا ، والله ، لا تعود إليك أبداً . وكان رجلا لا بأس به ، وكانت تريد أن ترجع إليه ، . فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه ، فأنزلت الآية : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فقلت : الآن افعل يا رسول الله . قال : « فزوجها إياه » : قال جمهور الفقهاء : لو كان للمرأة حق تزويج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها فى زوجها . وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب فى الآية للأزواج . خصوصاً وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاووس ومجاهد وغيرهم فى تفسير : « الذى بيده

عقدة النكاح » ، فى آية « وأن طلقتموهن من قبل تمسوهن .. » بأنه هو الولى .

وأما السنة : فقد استدل جمهور الفقهاء منها بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى » . صححه ابن حبان والحاكم وذكر له طرقا ، وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم .. عائشة ، وأم سلمة ، وزينب بنت جحش ، وغيرهن .

وجه الاستدلال بالحديث : أنه صريح فى عدم صحة النكاح الذى يعقد بدون ولى ، ... فلا يصح بعبارة المرأة ولا بعبارة وكيلها .

كذلك استدلوا بقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - قالها ثلاثا - فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولى من لا ولى له » ، رواه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها .

وجه الاستدلال : أن الحديث صريح فى بطلان نكاح المرأة ، الذى يتم بغير إذن الولى .

واستدلوا أيضا : بما روى عن سول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » رواه ابن ماجة والدارقطنى والبيهقى عن أبى هريرة رضى الله عنه .

وجه الإستدلال بالحديث : أن النهى فيه صريح عن تزويج المرأة المرأة . وهو صريح فى أن المرأة لا تباشر عقد النكاح مطلقا ، لا أصيلة ولا وكيلة ؛ إذ النهى يقتضى تحريم المنهى عنه ، لفساده . وقد وصفت المرأة التى تباشر الزواج بنفسها بأنها زانية . وهذا يوحى ببطلان عقدها .

وأما المعقول : فقال جمهور الفقهاء : إن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر . وخبرة المرأة محدودة وتجربتها قليلة ؛ لذلك كانت فى غالب

الأحيان تنحرف عن جانب المصلحة ، وتبعد عن الهدف الذى من أجله شرع الزواج ؛ فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت المرأة من مباشرة العقد . ومن ثم كان إذن الولى ورضاه شرطا فى صحة العقد ، بحيث يلزم لصحته أن يباشره الولى بنفسه أو يوكل به غيره من الرجال .

هذا ، ويرى الإمام محمد ، وهو من أئمة المذهب الحنفى ، أن إذن الولى للمرأة العاقلة البالغة شرط فى نفاذ العقد لا فى صحته فإن عقدته بدون وليها ، وقع العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولى . سواء فى ذلك البكر والثيب ؛ لأن الولاية بالنسبة لها ولاية شركة . فلا يستبد أحدهما بالعقد . بل يتوقف العقد من أحدهما على إجازة الآخر .

تزويج الولى الصبى والصبية قبل البلوغ

قال الحنفية : إذا زوج الأب أو الجد الصغير والصغيرة جبراً عليهما . لهما فلا خيار بالبلوغ . بل يقع العقد لازما سواء أكان الزواج من كفء وبمهر المثل أم لا . وسواء أكانت الصغيرة التى زوجت بكراً أم ثيباً ، بشرط أن يكون الأب أو الجد الذى زوجهما غير معروفين بسوء الاختيار وإلا فلا ينعقد عقدهما لازما إلا إذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل . فإذا زوج الأب أو الجد المعروفين بسوء الاختيار (قبل العقد) صغيرهما أو صغيرتهما بغير مهر المثل أو بغير كفء فإن كان الغبن فاحشا فى مهر المثل بأن زاد المهر على الصغير زيادة كبيرة وكان المهر من مال الصغير ، أو نقص عن مهر مثل الصغيرة نقصاً كبيراً فإن العقد لا يكون صحيحا .

وإذا زوجهما غير الأب والجد . من الأولياء الأقارب . أو القاضى ، فإن كان الزواج بكفء وبمهر المثل صح العقد ونفذ . ولكن لا يكون لازما ، بل يكون لهما خيار الفسخ عند البلوغ ، عند أبو حنيفة ومحمد وهو المعتمد . وقال أبو يوسف : يكون لازما كعقد الأب والجد . وأما إذا كان الزواج بغير كفء . أو بغبن فاحش فى المهر فلا يصح العقد .

خيار الفسخ عند البلوغ

قال الحنفية : إنه لابد من رفع الأمر إلى القاضى ، ليصدر - بماله من ولاية عامة - حكما بفسخ العقد إذا اختار الصبى أو الصبية الفسخ عند بلوغهما، فى حالة ما إذا كان لهما حق خيار الفسخ ؛ لأن المرجع فى تقرير لزوم العقد، أو عدم لزومه ، هو للقاضى بماله من ولاية عامة فى هذه المسائل . وكذلك إذا زوج الولى المجنون الكبير أو المجنونة وكان لهما حق الفسخ عند إفاقتهما فلابد من رفع الأمر للقاضى كما هو الحال بالنسبة للصغير إذا بلغ .

الرضا بالعقد عند البلوغ

رضا الغلام والثيب :

الرضاء يختلف باختلاف حال من ثبت له الخيار : فالغلام الذى بلغ يكون رضاه بالزواج بالقول الصريح أو بفعل يدل على هذا الرضاء . كأن يطلب زفاف امرأته إليه ، أو يدر عليها من نفقات الزوجية . ولا يبطل خياره بالسكوت من غير قول صريح ، ولا فعل ؛ لأن سكوت الرجل لا يعتبر رضاء بالعقد . والثيب مثل الغلام فى هذا ؛ فلا يدل سكوتها على أنها راضية باستمرار الزواج . كما لا يدل على الرضاء به فى الإبتداء . ولا يبطل خيارها بهذا السكوت . بل هى على الخيار حتى تظهر رضاها بالقول أو بالفعل. وما دام السكوت لا يعد رضاء من الغلام إذا بلغ ، ولا من الأنثى التى بلغت وهى ثيب ، فإن خيارهما يمتد إلى آخر المجلس وإلى ما بعد انتهائه . ولا يبطل خيارهما حتى يكون منهما ما يدل على الرضاء بالزواج من قول أو فعل .

رضا البكر :

أما الصغيرة البكر إذا بلغت فسكتت . ولم تطلب فسخ العقد

فور بلوغها، فإن سكوتها يكون رضا بالزواج، كما فى حالة الابتداء. ولا يكون لها بعد ذلك خيار.

ويعتبر سكوتها رضاء من وقت أن علمت بالزواج، فإنها قد تكون مزوجة وهى صغيرة من غير علم لها بذلك، فإن الولاية عليها ولاية إجبار فإذا لم تعلم بهذا الزواج إلا بعد مضى مدة، فلا يبطل خيارها، طالت المدة أو قصرت، إلا إذا علمت وسكتت حين العلم، ولا يمتد خيارها إلى آخر مجلس علمها بالزواج، كما لا يمتد إلى آخر مجلس بلوغها. فإذا تراخت فى طلب الفسخ، ولو لحظة قصيرة عن وقت العلم، أو وقت البلوغ، إذا كانت عالمة بالعقد من قبل، اعتبرت راضية بالزواج، ولا يكون لها بعد ذلك خيار.

أثر جهل البكر بحكم السكوت عند البلوغ بالنسبة لحقها فى الخيار

قال فقهاء الحنفية: إن بطلان خيار البكر بسكوتها حين البلوغ، أو حين العلم، لا يتوقف على أن تكون عالمة بالحكم الشرعى الذى يعطيها حق الخيار، فسواء أكانت عالمة بأن لها هذا الحق، أم كانت جاهلة به فان خيارها يبطل بالسكوت. ولا تعذر بجهلها بهذا الحكم ... بهذا قال فقهاء الأحناف، لأن الدار دار إسلام، ووسائل التفقه فى الدين موفورة فيها.

تنبيه

قانونا المحاكم الشرعية رقما ٢٦ لسنة ١٩٢٣، ٧٨ لسنة ١٩٣١ منعا الموثقين من توثيق عقد الزواج إذا كانت سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة، وسن الزوجة أقل من ست عشرة سنة. ومنعا القضاة، أيضا، من سماع دعوى الزوجية أو أية دعوى تترتب عليها، اذا كانت سن الزوجة أقل من ست عشرة سنة، أو سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة، وقت رفع الدعوى. ولهذا لا فائده الآن من البحث فى خيار البلوغ والإفاقة، لكننا ذكرنا ما ذكرناه هنا إتماما للبحث فى مسألة الولاية الجبرية بالنسبة لمذاهب أهل السنة الأربعة.

التنظيم القانونى للولاية على النفس

بين الفقهاء الحالات التى يسقط فيها حق الولى على النفس ، وينتقل حقه إلى غيره وكلها حالات واضح من تقريرها أن المقصود منها هو حماية الصغير من العبث والضياع والحفاظ على مصالحه وقد سقنا فيما ذكرناه من آراء للفقهاء ، فى هذا الصدد ، الكثير من هذه الحالات . وهى ، فى جملتها ، لا تخرج عن اشتراط أهلية الولى وصلاحيته للولاية . فنرى الفقهاء يتفقون على سقوط حق الولى الشرعى فى الولاية إذا فقد أهليته أو غاب غيبة منقطعة. ونراهم يشترطون الأمانة فى الولى ، ويسلبون الولى غير الأمين حقه فى أن يكون وليا على الصغير ... وما إلى ذلك مما قرره الفقهاء فى تصانيفهم. لكن هذه الشروط ، مع دقتها . فى حاجة إلى أن تجمع وتحدد فى مكان واحد بدلا من تركها منثورة فى كل باب من أبواب الفقه؛ حتى يستطيع القاضى وصاحب الشأن أن يراها ويعرفها بسهولة ، ليعرف كل ذى حق حقه .لذلك فقد رأى أولياء الأمر فى مصر أن الضرورة قاضية بوضع تشريع يجمع الحالات التى تنظم الولاية على النفس ، مستهدفين أن يكون مصدر هذا التشريع الفقه الإسلامى . أولا وأخيراً ، إلا فيما يرون أنه من الخير أن يضاف إلى القانون بشرط عدم تعارضه مع الفقه الإسلامى . وقد صدر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس وجوبا أو جوازا وفيما يلى نص هذا القانون :

مجلس الوزراء ؛

بعد الاطلاع على المادتين ٤١ . و ٥٥ من الدستور ؛

وعلى القانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بإصدار قانون نظام القضاء ؛

وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنه ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية

وبناء على ما عرضه وزير العدل ؛

رسم بما هو آت :

مادة ١ ـ فيما عدا الأحوال الأخرى التى ينص عليها قانون الأحوال الشخصية لسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها تتبع الأحكام الآتية :

مادة ٢ ـ تسلب الولاية ويسقط كل مايترتب عليها من حقوق عن :
(١) من حكم عليه لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض ، أو لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على من تشملهم الولاية .
(٢) من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم علية لجناية وقعت من أحد هؤلاء .
(٣) من حكم عليه ، أكثر من مرة . لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة الى صغير سلبها بالنسبة الى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين ، فيما عدا الحالتين المشار اليها فى البند ٢ إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته . وذلك مالم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا .

مادة ٣ ـ يجوز أن تسلب ، أو توقف ، كل أو بعض ، حقوق الولاية بالنسبة الى كل ، أو بعض ، من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :
(١) إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤقتة .
(٢) إذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب ، أو هتك عرض ، أو لجريمة مما نص علية القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .
(٣) إذا حكم على الولى ، أكثر من مرة ، لجريمة تعريض الأطفال للخطر ، أو الحبس بغير وجه حق ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

(٤) اذا حكم بايداع أحد المشمولين بالولاية داراً من دور الاستصلاح وفقاللمادة٦٧من قانون العقوبات، أوطبقاً لنصوص قانون الأحداث المتشردين.

(٥) اذا عرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية، أوسلامته، أو أخلاقه، أو تربيته، بسبب سوء المعاملة، أو سوء القدوة، نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب، أو المخدرات، أو بسبب عدم العناية، أو التوجيه. ولا يشترط، فى هذه الحالة، أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال.

مادة ٤ — يحكم بسلب الولاية، ولو كانت الأسباب التى اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها.

مادة ٥ — اذا قضت المحكمة بسلب الولاية، أو وقفها، عهدت بالصغير الى من يلى المحكوم عليه فيها، قانوناً، فان امتنع، أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك، جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير الى أى شخص آخر، ولو لم يكن قريباً له، متى كان معروفاً بحسن السمعة، وصالحاً للقيام على تربيته. أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض. وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت اليه بالصغيرة بمباشرة كل، أو بعض، حقوق الولاية.

واذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها الى أحد الأقارب، أو الى أى شخص مؤتمن، أو الى معهد أو مؤسسة مما ذكر، على حسب الأحوال.

مادة ٦ — تقدر المحكمة نفقة للصغير على من تلزمه النفقة.

مادة ٧ — اذا وقعت جريمة على صغير، أو منه، مما يوجب، أو يجيز، سلب الولاية، جاز لسلطة التحقيق، أو الحكم، أن تعهد بالصغير الى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه، أو الى معهد خيرى معترف به من وزارة الشئون الاجتماعية، حتى يفصل فى الجريمة وفى شأن الولاية.

مادة ٨ — يجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولى فى الحالات المنصوص عليها فى المادة الثانية، وفى البنود الأربعة الاولى من المادة الثالثة، أن تحكم، أيضا، بسلب الولاية، أو الحد منها. أما ما يترتب على ذلك من تدابير، وآثار فتحكم فيه المحكمة المختصة، بناء على طلب النيابة أو ذوى الشأن، وفقاً لأحكام هذا القانون ولقانون المرافعات المدنية والتجارية.

مادة ٩ — فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ و ٥ من المادة (٣) يجوز للمحكمة، بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها، أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير، أو تعليمه، إذا رأت فى ذلك مصلحة له. وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض. وإذا لم تتحقق الفائدة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولى جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب ولايته أو وقفها.

مادة ١٠ — يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال. ولا يجوز أن يقام الولى الذى حكم بسلب ولايته وصياً، أو مشرفاً، أو قيما. كما لا يجوز أن يختار وصياً.

مادة ١١ — يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبندين ٢ و٣ من المادة الثانية، أو سلبت ولايتهم، أو بعض حقوقهم فيها، وفقاً للبند ١ أو ٢ أو ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم إذا رد اعتبارهم.

ويجوز لهم ذلك، أيضا، فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ و ٥ من المادة الثالثة اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية.

مادة ١٢ — يقصد بالولى، فى تطبيق أحكام هذا القانون، الأب، والجد والأم، والوصى، وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار أو حكم، من جهة الاختصاص.

مادة ١٣ — على وزيرى العدل والشئون الاجتماعية تنفيذ هذا القانون كل منهما فيما يخصه . ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بديوان الرياسة فى ٨ ذى القعدة سنة ١٣٧١ هـ (٣٠ يوليه سنة ١٩٥٢) ونشر بالعدد الصادر فى يوم الإثنين ٣ ذى القعدة سنة ١٣٧١ هـ (٤ أغسطس سنة ١٩٥٢) .

وزير الخارجية	وزير الداخلية	رئيس مجلس الوزراء
إمضاء	إمضاء	إمضاء
(على ماهر)	(على ماهر)	(على ماهر)

شرح القانون

الحالات التى ذكرها القانون بالنسبة لسلب الولاية نوعان :

النوع الأول – حالات يجب على المحكمة أن تحكم فيها بسلب ولاية الولى على النفس وسقوط كل حق من الحقوق التى يترتب على ثبوت الولاية له.

والنوع الثانى – حالات لا يترك الأمر فيها لتقدير المحكمة . ويكون سلب الولاية ، جوازياً : وللمحكمة أن تحكم فيها بسلب الولاية كلياً أو جزئياً ، بالنظر إلى الحقوق والاختصاصات التى يباشرها الولى . أو إلى أشخاص المولى عليهم أو لا تحكم المحكمة حسب الظروف ومقتضيات الأحوال . وقد أعطى المشرع للمحكمة الوسائل التى بها تتلافى ما قد يترتب على سلب الولاية أو الحد منها من تعرض المولى عليه . أو مصلحته . للضرر .

والنوع الأول اختصت بالنص عليه . المادة الثانية من القانون المذكور ، فقد نصت على أنه تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق وذكرت المادة المذكورة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال الحالات الموجبة لسلب ولاية الولى وهى :

١ – الولى الذى حكم عليه لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض ، أو لجريمة من الجرائم المتعلقة بالتحريض على الدعارة المنصوص عليها فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة ، ولو كان الحكم قد صدر عليه لأول مرة. متى كانت الجريمة قد وقعت على أحد المشمولين بولايته أما إذا كانت الجريمة قد وقعت منه على غير من تشملهم ولايته ، فيشترط لسلب الولاية ، فى هذه الحالة ، أن يحكم عليه ، أكثر من مرة ، فى جريمة من تلك الجرائم التى نص عليها القانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة

٢ – إذا كان الولى قد وقع منه اعتداء جنائى على نفس أحد ممن تشملهم ولايته وحكم عليه بعقوبة عن هذه الجريمة كمن له ولاية على أخوين فحاول قتل أحدهما مثلا بأن أطلق عليه عيارا نارياً ، أو دس له السم مثلا ، أو حكم عليه بسبب جناية وقعت من أحد من تشملهم ولايته .

وواضح أن سلب الولاية فى هاتين الحالتين إنما كان لزوال أهلية الولى للولاية بسبب عدم أمانته . ومنعا لإفساده المشمول بولايته .

وقررت المادة فى فقرتها الأخيرة أن سلب الولاية عن الولى هو بمثابة حكم بعدم صلاحيته للولاية مطلقا بالنسبة للصغير الذى وقع عليه الاعتداء وبالنسبة لغيره من الصغار المشمولين بولايةهذا الولى الذى حكم عليه بسبب ولايته : فسلب ولايته على أحد من المشمولين بولايته يعتبر سلبالها بالنسبة لجميع من يشملهم بولايته . فالصلاحية لاتتجزأ . ولستثنى القانون فى مادته سالفية الذكر حالة واحدة . قرر فيها قصر الحكم بسلب الولاية وعدم تعدية إلى كل المشمولين بالولاية المحكوم ضده. وهى حالةماإذا حكم على الولى لجناية وقعت منه على نفس المشمول بالولاية. أو لجنايةوقعت من المشمول بولايته، فإن الحكم يقتصر بالنسبة للمولى عليه صاحب الحادثة التى من أجلها صدر الحكم على الولى فقط .ولا تسلب ولاية الولى عن صغار آخرين من فروعه، مشمولين بولايته . بل تبقى ولايته بالنسبة لهؤلاء الصغار : لأن انعدام الشفقة على غير الفروع . لا يدل على انعدامها بالنسبة للفروع . لكن إذا دلت ظروف الحادث . الذى من أجله حكم على الولى بسلب الولاية . على أن الولى أصبح فاقد الصلاحية لكى يكون وليا على صغار فحينئذ يكون للمحكمة الحق فى تقدير هذا الظرف والحكم بسلب ولاية الولى بالنسبة لفروعه أيضاً(١).

---

(١) قضت محكمة اللبان الشرعية بجلستها المنعقدة فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ فى القضية رقم ٢٧٠ سنة ١٩٤٨ المرفوعه من عائشة وإحسان بنتى السيد محمد (ضد) عبد الجواد السيد محمد بطلب حكم ضم كبيرتين : مقررة مبادىء هامة هى :

١ - ولاية ضم البكر البالغة نوع من الولاية على النفس يثبت لكل واحد من الإخوة الأشقا متى تحققت فيه الولاية شرعا .

٢ - الأخ الشقيق البالغ أهل لضم أخته الكبيرة ولإقامتها معه ورعاية شئونها وإن كان لايزال قاصرا طبقا للقانون الحسبى .

. . . .

= ٣ — الأولوية فى الضم، عند تعدد الأخوة، للأفضل صلاحا وورعا. فإن كانوا فى ذلك سواء ، فأكبرهم سنا .

٤ — ولاية الضم ولاية نظرية فلا تثبت مع الضرر .

وقد استخلصت المحكمة مَن الوقائع التى عرضت أمامها ، أثناء نظر الدعوى ، وقام لديها الدليل على أنها دعوى كيدية وذلك من اعتراف المعارض ضده شخصيا ومن تصرفاته ؛ فقد اعترض بأنه لم يرفع هذه الدعوى إلا فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٨ يوم أن حكم لها عليه بالنفقة ، كما اعترف بأن أخته إحسان تقيم حسب ماهى الآن من ثلاث سنوات فأين كان طول هذه المدة مع أنها كانت تقيم مع عمتها وحدها بدون أن يكون معها أخوها خليل ؟ . فسكوت المعارض ضده عن طلب ضم أخته إحسان أكثر من ثلاث سنوات وسكوته عن طلب عائشة من أغسطس ٩٤٧ إلى ٩ فبراير سنة ٩٤٨ يوم الحكم بالنفقة دليل الكيد، وأنه لا يقصد منها إلا الانتقام منها . وبما أن الفقهاء نصوا على أن هــــذه ولاية نظرية . فلا تثبت مع الضرر (البدائع جـ ٢ ص ٤٣) وبما أن المدعى عليها تميمان مع أخيها خليل وعمره الآن ١٩ عاما وبما أنه يعتبر بالغا (بالسن شرعا، لأن الفقهاء اختلفوا فى سن البلوغ للغلام بين الخامسة عشره وبين الثامنة عشر عاما فيكون بالغا بالسن . على جميع الأقوال ولا عبرة بكونه تحت الوصاية. لأنه دون الواحدة والعشرين طبقاً للقانون الحسبي. فإن هذا قانون استثنائى لا يطبق فى غير موضعه . وبما أنه اشترط فى الولى الحرية والبلوغ والعقل «الجزء الثانى من ابن عابدين والزيلعى والفتح فى باب الولى» . وبما أن ضم البكر إلى العاصب إنما هو للمحافظة عليها ورعاية شئونها ولا شك أن هذا النوع من الولاية على النفس يثبت لكل واحد من الأخوة الأشقاء بدون ترجيح متى تحققت فيه شروط الولاية المذكورة. وبما أن المعارض ضده اعترف بخصومته لأختيه كما دل إعلان دعوى النفقة على أن هذه الخصومة تعددت صورها العنيفة ووصلت إلى دور المحاكم فلا يكون من النظر الصائب فى شىء اجبارهما على الانضمام إليه مع وجود هذه الخصومة العنيفة بينهما .

ثم قضت المحكمة بقبول المعارضة وألغت الحكم الصادر منها أولا ، بضمها إلى المعارض ضده ورفض دعواه حضوريا ـ ولم يستأنف هذا الحكم (نشر هذا الحكم بمجلة المحاماة الشرعية ، السنة العشرون ، العدد السابع والثامن ص ٢٢٧، ٢٢٩) .

وقررت المادة الثانية فى البند الثالث منها — ضرورة أن يتكرر الحكم على الولى فى الجرائم المخلة بالشرف والأخلاق وذلك بتكرار ارتكابه لأحدى الجرائم المنصوص عليها فى القانون ٦٨ سنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة — وذلك فى حالة وقوع الجريمة على غـــير المشمولين بولايته . فمن أتهم بالتحريض على الفسق بجعل منزله مكانا للدعارة — أو بإغراء الشبان على ارتكاب جرائم الزنا — أو بتكوينه عصابة لجر الغلمان أو الفتيات بطرق إجرامية لارتكاب أعمال مخلة بالآداب وحكم عليه مرة واحدة لهذا السبب لا يعتبر هذا الحكم كاف فى أن تقرر المحكمة سلب ولايته . لجواز توبته وصلاحيته بعد ذلك . أما إذا تكرر الحكم عليه بالنسبة لتكرار ارتكابه هذه الجرائم فإن هذا يدل على أنه إنسان أصبحت إخلاقه منحلة — وأنه تعود أفساد الأخلاق وأصبح لا يصلح أن يكون وليا يأمن له الشارع بالحفاظ على الصغار ووقايتهم من الانحراف لأن فاقد الشيء لا يعطيه وتحتم على المحكمة بنص القانون طبقا للمادة المذكورة أن تحكم على هذا الولى الفاسد بسلب ولايته بعد التأكد من صحة الأتهام الموجه إليه .

الأحوال التى يجوز فيها سلب الولاية

حددت المادة الثالثة من القانون الحالات التى يجوز للمحكمة أن تحكم فيها بسلب الولاية أو وقف كل أو بعض حقوق الولى بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم ولايته ـ وذكرت المادة هذه الأحوال على سبيل الحصر لا على سبيل المثال . فقررت الآتى .

(١) الولى الذى حكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة — فللمحكمة فى هذه الحالة أن تبحث الأمر مراعية مصلحة الصغير ـ هل من مصلحته أن تظل ولاية هذا الولى عليه ؟ ـ وهل يمكن لهذا الولى وهو داخل سجنه مقيدة حريته أن يشرف على تربية هذا الصغير ويرعى مصالحه أم لا ؟.

لقد أعطى القانون بهذه المادة مرونة وحرية واسعة تستطيع المحكمة من خلالها أن تتصرف مستهدفة صالح الصغير فى حركتها وحريتها . فلم تحتم عليها المادة المذكورة أن تحكم بسلب ولاية الولى السجين ـ ولا أن تحكم باستمرار ولايته. فلها أن تقضى حسب الظروف التى تراها واضحة أمامها مما تتبينه من أوراق الدعوى ومناقشة أطراف النزاع . فقد ترى المحكمة أنه لا ضرر على الصغير ولا على مصالحه من بقاء الولاية مع سجن الولى وقد ترى العكس .

(٢) كذلك للمحكمة الحرية فى حدود رعاية صالح الصغير أن تحكم بسلب ولاية الولى أو وقف كل بعض حقوقه بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية بالنسبة للولى الذى أدين لأول مرة فى جريمة مخلة بالشرف وماسة بالاخلاق من الجرائم التى نص عليها القانون ٦٨ سنة ٩٥١ ووقعت منه على غير المشمولين بولايته . وكان هذا الولى لأول مرة يحكم عليه فى مثل هذه الجرائم .

وقد راعى القانون فى هذه الحالة أن الخطر على المشمول بولاية الولى ليس كبيرا ـ إذ ربما يكون الحكم الذى صدر على الولى راد عاله وما نعاله عن ارتكاب أمثال هذه الجرائم مرة أخرى وقد ينصلح حاله ويثوب إلى رشده، وابن آدم خطاء وخير عباد الله الذى يتوب ولا يصر على ما فعل من جرم وأثم.

كما لاحظ القانون أن الجريمة التى ارتكبها الولى إذا وقعت على غير المشمول بولايته ـ خطرها أبعد بكثير مما لو كانت على المشمول بالوُلاية نفسهُ ـ ولذا قرر التفرقة بين الحالتين فاشترط فى الحالة الثانية تكرار الحكم لأنه فى حالة تكرار الحكم على الولى فى مثل هذه الجرائم دل ذلك على أنه أصبح فاسد الخلق عديم الصلاحية لأنه أدين وثبت عليه الاجرام بالحكم عليه فى جرائم خلقية ـ فإذا حكم عليه مرة واحدة كان للمحكمة الحق فى سلب ولايته أو الابقاء عليها ولا يكفى مجرد الاتهام فى هذه الجرائم لكى يحكم بسلب الولاية بل لا بد من الحكم فيها ـ فالمتهم برىء حتى تثبت إدانته .

ويسقط حق المحكمة فى الحكم باستمرار الولاية اذا تكرر الحكم على الولى لارتكابه جرائم متعددة من الجرائم المخلة بالآداب والماسة بالشرف والمروءة. فمن اتهم بهتك عرض ، أو اغتصاب وحكم عليه مرة . أو ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها فى القانون ٦٨ سنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة، وحكم عليه أكثر من مرة وكانت هذه الجرائم واقعة منه على غير المشمولين بولايته. أصبح بمقتضى القانون أن تقضى المحكمة وجوبا لا جوازا بسلب ولاية هذا الولى الفاجر . فالولاية على النفس ولاية نظر . كما نص البند الثالث من المادة المذكورة على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بسلب ولاية الولى إذا حكم عليه أكثر من مرة فى جريمة تعريض الأطفال للخطر ، أو للحبس بغير حق أو بسبب اعتداء جسيم إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم ولايته .

ونصت المادة الثالثة فى البند الرابع على حالة يجوز للمحكمة أن تسلب فيها الولى ولايته بسبب إهماله وعدم رعايته للصغير أو الصغار المشمولين برعايته . فقد نصت على أنه يجوز الحكم بسبب الولاية إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولاية الولى دارا من دور الاستصلاح وفقا لأحكام قانون العقوبات وقانون الأحداث — فالولى الذى يترك المشمولين بولايته فى الشوارع يتسولون وتقبض عليهم الشرطه بتهمة متسول وتقرر المحكمة إيداعهم دار الإصلاح المعدة للقصر الذين لم يبلغوا الخامسة عشر وكذلك الولى الذى يترك المشمولين بولايته يحترفون السرقة — أو يرتكبون الجرائم — هو انسان لا يصلح أن يكون مربيا وحافظا للصغار . وتركت المادة المذكورة للمحكمة حرية البحث عن الظروف والملابسات التى تستطيع من خلالها أن تصدر حكما بصلاحية هذا الولى لأن يبقى وليا — أو عدم صلاحيته للولاية مطلقا — أو صلاحيته لحالة وعدم صلاحيته لأن يتولى حقا أخر من حقوق الولاية . الأمر فى ذلك كله متروك لتقدير المحكمة .

ونص البند الخامس : على أنه اذا عرض الولى للخطر صحة أحد من

المشمولين بولايته أو سلامته ، أو اخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة ، أو عدم العناية ، أو سوء التوجيه ، أو سوء القدوة نتيجة الإشتهار ، بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب ، أو المخدرات ، ولا يشترط فى هذه الحالة صدور حكم ضد الولى بسبب ذلك الإدمان [1] .

---

(١) قضت محكمة العطارين الشرعية فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٨ فى القضية الجزئية رقم ٢٩٥ سنة ٩٤٨ المرفوعة من على حسن عمر حسين ضد والده (١) حسن عمر حسين (٢) ماتيلدا زق. زوجة المدعى عليه الأول وطلب المدعى فى دعواه ضدهما تسليمه أختيه أمينه الشهيرة بنينا وتريزا وقال فى دعواه أن البنتين مسلمتان تبعا لأبيهما ولكن المدعى عليهما عمد إلى تنصيرهما بالكنيسة المارونية تبعا لدين أمهما) المدعى عليها الثانية) وسمياهما باسمين من أسماء المسيحين مع أنهما مسلمتان تعقلان الدين وأن أمهما صارت تذهب بهما إلى الكنيسة لحضور الحفلات والمراسيم المسيحية المارونية وأنه يخشى عليهما من هذه التربية وطلب من المحكمة أن تحكم له على المدعى عليهما بأن يسلماه البنتين المذكورتين ـ واستند فى دعواه ـ إلى أوراق قدمها ، عبارة عن محاضر التحقيق التى عملت بمعرفة البوليس ، والنيابة ـ واعترف فيها المدعى عليه الأول ، بصحة ماجاء على لسانه ، فى هذه التحقيقات وقد بحثت المحكمة فى حكمها أمورا ثلاثة هى .

١ — ماهو الحق الملحوظ فى الحضانة . وهل العاصب المفسد كالحاضنة المفسدة من الفساد ينزع منه الولد كما ينزع منها . ويدفع إلى المصلح من العصبة ، ولو كان المفسد أبا . وما حكم حضانة الذمية ومتى ينزع منها .

٢ — لمن يتبع الولد من أبويه ، إذا كان أحدهما مسلما ، والآخر كافرا . وما حكم الرجل المسلم فى الخروج على دينه ، بتنصير أولاده الصغار ، تبعا لأمهم الذمية ، وما رأى الشريعة السمحة فى ذلك ؟ وهل وضعت هذه الشريعة جزاء لهذا الرجل وهل فعله هذا يقتضى سلب ولايته على نفس أولاده ، فتنزع منه . أم يترك على حاله لأنه أب .

＝

إلى من يعهد بالاشراف على الصغير

نظمت المواد الخامسة والسادسة والسابعة والتاسعة . طريقة حفظ الصغير عندما يتقرر سلب ولاية وليه أو وقفها أو الحد منها .

فالمادة الخامسة قررت أن يعهد بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه من أقربائه فإذا لم يوجد له عاصب أو وجـد ولكنه رفض أو إذا لم تحقق الصلاحية فى الأولياء الأقرباء عهدت المحكمة بالصغير إلى أى شخص آخر ولو لم يكن قريباً متى كان معروفا بحسن السمعة ، وصالحاً للقيام على تربيته . أو أن تعهد به لأحد المعاهد ، والمؤسسات الإجتماعية، المعدة لهذا الغرض. وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير فى مباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

كما قررت الفقرة الأخيرة ، من المادة المذكورة أن الحق الذى حرم منه الولى بالنسبة للصغير ؛ يفوض فى مباشرته الشخص الطبيعى ؛ أو المعنوى الذى عهد إليه برعاية الصغير . وقررت المادة السابعة ؛ الطريقة التى تتبع فى حالة وقوع اعتداء على المولى عليه (الصغير) أو منه مما يوجب أو يجيز سلب الولاية فقررت أنه حتى تنتهى سلطات التحقيق من تحقيق الحادث وحتى يفصل

= وانتهت المحكمة من بحثها لأقوال الأب التى جاءت فى تحقيق البوليس والنيابة ومنها (لى ثلاث بنات مارى . نينا . وتريزا . وديانتهم المسيحية (فقال له المحقق لماذا وأنت مسلم فقال (حصل اتفاق بينى وبين زوجتى الأخيرة ، ماتيلده رزق الله ، قبل الزواج أن يكون الذكر لى والأنثى لها) وانتهت المحكمة بعد تلخيصها لوقائع الدعوى الى الحكم الآتى : حكمت المحكمة بأن يسلم المدعى عليهما البنين أمينة الشهيرة بنينا ـ وتريز إلى أخيهما ليحفظها (نشر هذا الحكم بمجلة المحاماة الشرعية السنة العشرون فى العددين السابع والثامن صحيفة ٣٤٣ ـ وقد إستؤنف الحكم المذكور وتقرر تأييده لصحته وصحة أسبابه) .

فى أمر الجريمة وفى شأن الولاية ينزع الصغير من عند الولى ويعهد به إلى شخص قريب له أو غير قريب بشرط أن يكون أميناً على الصغير . وبهذا استطاعت المادة المذكورة أن تحفظ الصغير من عبث الولى به فى أثناء فترة التحقيق، وهى فترة حرجة، قد تطول وقد تقصر ، حسب ظروف الدعوى والأدلة التى تقدم فيها .

وقررت المادة التاسعة أنه يجوز للمحكمة بدلا من أن تحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تعهد بالصبي إلى جمعية خيرية متخصصة فى رعاية الأحداث وذلك عن طريق وزارة الشئون الاجتماعية لتتسلم الصغير وترعاه - وفى هذه الحالة يترك الولى دون حكم عليه بسلب ولايته . ولكن إذا ظهر أن هذا الولى بسلطاته الممنوحة له بمقتضى الولاية سيجعل الصغير غير مستفيد من الاجراء الذى اتخذ بوضعه فى ملجأ أو مؤسسة اجتماعية ليتعلم ويبعد عن نواحى السوء . فللمحكمة أن تعيد النظر فى أمر سلب ولايته لأنهـــا كانت شرا على الصبي بدلا من أن تكون خيراً له .

وجعلت المادة العاشرة أثراً متعدياً للحكم الصادر بسلب ولاية الولى على النفس حيث جعلته بمثابة حكم على الولى بسلب ولايته على مال هذا الصغير، كما جعلت هذا الحكم مانعاً للمحكوم عليه من تولى الاشراف على الصغار بأى طريق من طرق الاشراف - فلا يعين وصياً ، ولا مشرفاً ، ولا قيما ، كما لا يجوز أن يختار وصياً . وكأن هذا الحكم بمثابة عزل اجتماعى لهذا الوصى جزاء له على فساده واستهتاره .

أما المادة ١١ - فبينت الحالات التى يمكن لمن حكم بسلب ولايته أن يعود من جديد فيسترد الحق الذى سلب منه .

وبينت المادة الثانية عشر - المقصود من الولى فى تطبيق هذا القانون - فقررت أنه الأب أو الجد أو الأم أو الوصى ، وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص .

تلك هى الحالات التى قضى القانون ١١٨ سنة ١٩٥٢ بأن تسلب فيها ولاية الولى على النفس أو توقف أو يحد منها وجوباً أو جوازاً طبقاً لما شرحناه .

وبنظرة فاحصة شاملة لما ذكرناه من أقوال الفقهاء فى تحديد من هو الولى — وفى الشروط الواجب توافرها فى الولى ومتى ينزع المشمول بالولاية من وليه صغيراً كان المشمول بالولاية أو كبيراً — وبما سقناه من أحكام القضاء الشرعى فى هذا الصدد . يتضح لنا موقف الشريعة الغراء ومقصدها ودقة تعاليمها للحفاظ على الصغير ورعايته . فقررت أن الولى المفسد الغير أمين على النفس أو المال لا يكون أهلا للولاية لا ابتداء ولا استدامة. وبمقارنة ذلك بما ذكره القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ من الحالات التى يجب فيها سلب ولاية الولى . والحالات التى يجوز فيها سلب هذه الولاية لوجدنا أن الجوهر واحد وإن اختلفت الصياغة فى كل .

الولاية على المال
وأنواعها

تتنوع الولاية على المال باعتبار مصادرها إلى نوعين :

١ — ولاية تثبت بحكم الشرع .

٢ — ولاية تثبت بحكم القاضى .

الولاية الثابتة بحكم الشرع

أعطى الشارع الولاية على مال عديم الأهلية لأشخاص معينين ، على ترتيب خاص بينهم ; فهى ، عند الأحناف ، للأب . ثم لوصيه . وإن بعد . ثم للجد . ثم لوصيه . كذلك . ثم للقاضى ثم لوصيه . على الترتيب .

وقال المالكية : إن الولاية على مال الصغير للأب . ثم لوصيه . ولا ولاية للجد مطلقا . لا فى الزواج ولا فى المال . وبالتالى لا يكون له وصى على الصغير . وإذا عين القاضى . الجد وصيا على ابن ابنه يكون وصيا من قبل القاضى . ويستمد منه سلطته .

ويرى الشافعية : أن الولاية على مال الصغير تكون للأب . ثم للجد الصحيح . ثم لوصى الأب . ثم لوصى الجد . فالشافعى يجعل الجد بمنزلة الأب عند عدمه . لأن كمال الشفقة يتحقق فى الجد . كما هو متحقق فى الأب . حتى كان له الولاية فى التزويج بعد الأب . ومن ثم تثبت له ولاية المال بعده .

والولى . فى هذا النوع من الولاية . يستمد سلطته من الشارع . ويخضع فى تصرفاته للأحكام والقواعد التى قررها .

الولاية المستمدة من حكم القاضى

وهى الولاية التى ليس لأحد حق ثابت فيها . وإنما يعطيها القاضى لمن يراه أصلح لها . دون ترتيب أو تحديد .

والولى، فى هذه الولاية، يستمد سلطته من القاضى. ويخضع فى تصرفاته لأحكام القانون الذى يطبقه، سواء أكانت القوانين التى يطبقها مستمدة من الشريعة الإسلامية أم من غيرها.

ملاحظات:

١ — اتفق جميع الفقهاء على تقديم الأب فى الولاية، لأنه أكمل شفقة، وأوفر عطفا، وولايته ثابتة بحكم الشرع، ويستمد سلطته من الشارع. ولا يستطيع القاضى أن يسلبها منه، أو يحد منها، إلا إذا طرأ عليه ما يقتضى ذلك ويستوجبه.

٢ — كانت الشريعة الإسلامية هى قانون البلد الذى يطبق فى مصر. وبمعنى أدق كان المذهب الحنفى هو دستور القضاة، الذى يطبق فى مسائل الولاية على المال. وظلت المحاكم الشرعية تطبق أحكام هذا المذهب فى هذا النوع من التقاضى حينما كانت ولاية هذا المحاكم عامة تشمل الولاية على المال وغيرها من أنواع الخصومات.

٣ — ثم تقلص اختصاص القضاة الإسلامى فى مصر، وغلت يده عن كثير من الخصومات التى كانت تدخل فى اختصاصه، فأنشئت المجالس الحسبية، وجعلت مسائل الولاية على المال داخلة ضمن اختصاصاتها. وبصفة عامة كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى القانون الموضوعى لهذه المجالس الذى يطبق على المنازعات والمسائل الخاصة بهذا الشأن. فكان المذهب الحنفى هو المذهب الإسلامى الذى نطبقه فى أحكامها فى هذه المسائل.

٤ — ثم تطور التنظيم القضائى، فأنشئت المحاكم الحسبية، واستتبع إنشاؤها وضع قانون موضوعى خاص بها، اشتمل على كثير من الاحكام الموضوعية التى تطبق فى هذه المسائل، وأحيل قضاة هذه المحاكم إلى أحكام الشريعة، ليطبقوها، فيما لم يرد بشأنه نص فى القانون المذكور.

٥ — وتبدل القانون الموضوعى ، لهذه المحاكم وكان آخر قانون يطبق فى هذه المحاكم، هو المرسوم التشريعى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢. وهو لم يبعد ، فيما تضمنه على الإجمال ، عن أحكام المذهب الحنفى . اللهم إلا فى بعض أحكام استقاها من التشريعات الأجنبية .

ونذكر فيما يلى نصوص هذا القانون ثم نتبعها بشرحها .

الولاية على المال

فى الثامن من ذى القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يوليو سنة ١٩٥٢) صدر المرسوم التشريعى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال وهذا نصه:

مجلس الوزراء :

بعد الاطلاع على المادتين ٤١ و ٥٥ من الدستور .

وعلى القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون المحاكم الحسبية :

وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥٢ بإضافة «كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية» .

وبناء على ما عرضه وزير العدل :

رسم بما هو آت :

مادة رقم ١ — يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون فيما عدا أحكام المادة رقم ١٦ بالنسبه للأموال التى آلت للقاصر قبل العمل بهذا القانون .

مادة رقم ٢ — يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ . وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون .

مادة رقم ٣ — على وزير العدل تنفيذ هـذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

صدر بديوان الرياسة فى ٨ ذى القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يوليو ١٩٥٢)

وزير الخارجية	وزير الداخلية	رئيس مجلس الوزراء
إمضاء	إمضاء	إمضاء
(على ماهر)	(على ماهر)	(على ماهر)

الباب الأول — فى القصر

الفصل الأول — فى الولاية

مادة رقم ١ — للأب ثم للجد الصحيح — إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً — الولاية على مال القاصر . وعليه القيام بها . ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

مادة رقم ٢ — لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هـذا الحق فيما يتعلق بماله هو .

مادة رقم ٣ — لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع ، إلا إذا اشترط المتبرع ذلك .

مادة رقم ٤ — يقوم الولى على رعاية أموال القاصر . وله إدارتها ، وولاية التصرف فيها . مع مراعاة الأحكام المقررة فى هـذا القانون .

مادة رقم ٥ — لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر ، إلا لأداء واجب إنسانى ، أو عائلى ، وبإذن من المحكمة .

مادة رقم ٦ — لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه . أو لزوجته ، أو لأقاربهما ، إلى الدرجة الرابعة ، إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز له أن يرهن عقاراً للقاصر لدين على نفسه ،

مادة رقم ٧ — لا يجوز للأب ، أن يتصرف فى العقار ، أو المحل التجارى ، أو الأوراق المالية ، إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه مصرى إلا بإذن المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن ، إلا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر ، أوكان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

مادة رقم ٨ — إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث ، فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة ، وتحت إشرافها .

مادة رقم ٩ — لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ، ولا اقتراضه ، إلا بإذن المحكمة .

مادة رقم ١٠ — لا يجوز للولى ، بغير إذن المحكمة ، تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة .

مادة رقم ١١ — لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة ، وفى حدود هذا الإذن .

مادة رقم ١٢ — لا يجوز للولى أن يقبل هبة ، أو وصية ، للصغير ، محملة بالتزامات معينة ، إلا بإذن المحكمة .

مادة رقم ١٣ — لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر ، من مال ، بطريق التبرع من ، أبيه صريحاً كان التبرع أم مستتراً . ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

مادة رقم ١٤ — للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

مادة رقم ١٥ — لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ، ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات ، وإضعافها .

مادة رقم ١٦ - على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال ، أو ما يؤول إليه . وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة ، التى يقع بدائرتها موطنه ، فى مدى شهرين من بدء الولاية ، أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير .

ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة ، أو التأخير فى تقديمها ، تعريضا لمال القاصر للخطر .

مادة رقم ١٧ - للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير ، إذا كانت نفقته واجبة عليه . وله ، كذلك ، أن ينفق على من تجب على الصغير نفقته .

مادة رقم ١٨ - تنتهى الولاية ببلوغ الصغير إحدى وعشرين سنة ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه .

مادة رقم ١٩ - إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر .

مادة رقم ٢٠ - إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى ، أو لأى سبب آخر ، فللمحكمة أن تسلب ولايته ، أو تحد منها .

مادة رقم ٢١ - تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا ، أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية ؛ أو بالحبس مدة تزيد على سنة .

مادة رقم ٢٢ يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير ، أو وقفها ، سقوطها أو وقفها ، بالنسبة إلى المال .

مادة رقم ٢٣ - إذا سلبت الولاية ، أو حد منها ، أو وقفت ، فلا تعود إلا بقرار من المحكمة ، بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها ، أو الحد منها ، أو وقفها .

ومع ذلك فلا يقبل طلب استرداد الولاية ، الذى سبق رفضه ، إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض .

مادة رقم ٢٤ - لايسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم . أما الجد فيسأل مسئولية الوصى .

مادة رقم ٢٥ - على الولى ، أو ورثته ، رد أموال القاصر إليه عند بلوغه . ويسأل هو ، أو ورثته ، عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف . ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر.

ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة .

مادة رقم ٢٦ - تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب.

القانون مقارنا بالفقه الإسلامى

لمن تكون الولاية؟

جعل القانون المذكور ، الولاية على مال الصغير للأب ، ثم لوصيه . ثم للجد ، إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا ، ثم لمن تعينه المحكمة وصيا . (م١) . ويلاحظ على هذه المادة أنها أخذت فى جزء منها بالمذهب الحنفى ، ثم عدلت عنه فى الجزء الثانى ، وأخذت بغير هذا المذهب ، فقد نصت على أن وصى الأب مقدم على الجد (وهذا هو ما يراه المذهب الحنفى ، كما سبق بيانه ، لأن الأب أكثر علما بمصالح ولده) ثم عدلت المادة المذكورة عن إعطاء وصى الأب الحق فى تعيين وصى آخر. كذلك لم تبح المادة المذكورة للجد حق تعيين وصى من قبله على الصغير ، مع أن هذا كان حقا للوصى وللجد بمقتضى قواعد الفقه الحنفى . وألزمت المادة المذكورة الأولياء الشرعيين القيام بمهمتهم ولم تعطهم حق التنحى عن مباشرتها إلا بإذن من المحكمة . وذلك لأن الشارع لايجيز للأب ولا للجد ، صاحبي الولاية الذاتية ، أن يتنازلا عن ولايتهما ، مطلقا ، ماداما صالحين لها [١] .

---

(١) راجع كتاب الاشباه والنظائر ، وهو من كتب المذهب الحنفى المعتبرة .

شروط الولى :

تشترط المادة ٢ من القانون ، لصلاحية الشخص لمباشرة أى حق من حقوق الولاية ، أن يكون كامل الأهلية . بمعنى أن يكون بالغا، عاقلا ، فقد نصت على أنه « لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

وإذا رجعنا إلى ما قرره الفقه الحنفى فى هذا الموضوع نجده ، يشترط فى الولى ما يأتى :

١ — أن يكون كامل الأهلية للتصرف أى بالغا . عاقلا ، حرا .

٢ — ألا يكون سفيها يخشى منه على مال القاصر . فلا يولى المحجور عليه للغفلة أو للسفه ، ولو كان هو الأب ؛ فقد نص فقهاء الأحناف على أن الابن إذا آل إليه ميراث من أقاربه مثلا ، وأبوه حى موجود ، فلو كان أبوه مبذرا ومستحقا للحجر عليه (على رأى من يرى الحجر للسفه) لاتثبت لهذا الأب ولاية على مال ابنه الصغير فى هذه الحالة .

٣ — كذلك اشترط فقهاء الأحناف ، أن يكون الولى متحدا فى الدين مع المولى عليه. وهذا فى غير الولاية العامة ، إذ استثنى الفقهاء شرط اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه بالنسبة للولاية العامة فلا يشترط ، فى ثبوتها ، اتحاد الدين ؛ إذ تكون الولاية للقاضى المسلم ، على من لاولى له من الصغار غير المسلمين .

تنظيم الفقه الإسلامى ولاية الأب والجد

اشترط غير الأحناف العدالة فى الولى ، أبا كان أو غير أب ، وقالوا: إنه لابد ، لكى تثبت الولاية للأب على مال ابنه الصغير ، أن يكون عدلا ، رشيدا ، بمعنى أنه يهتدى إلى التصرفات المالية النافعة . واكتفى الشافعية

بالعدالة الظاهرة ، بمعنى أن يكون مستور الحال . أما الحنفية فقد قسموا أحوال الآباء ، بالنسبة لتصرفاتهم ، ومدى حرصهم ، وحسن رأيهم ، إلى ثلاثة أقسام :

١ — آباء معرفون بالتبذير، والإتلاف ، وعدم الأمانة على المال .

٢ — آباء معرفون بالأمانة على الأموال ، وعدم التبذير والإتلاف ، ولكنهم عرفوا ، إلى جانب ذلك ، بفساد الرأى وسوء التدبير .

٣ — آباء معرفون بالأمانة مع حسن الرأى وسلامة التدبير ، وهم ، مع أمانتهم مستورو الحال ، ولم يعرفوا بفساد الرأى ولا بسوء الاختيار .

فالقسم الأول من الآباء . لا تثبت لهم ، عند الأحناف ، ولاية على أموال أولادهم ، ولا يملكون حق التصرف فيها مطلقا . وإذا كانت أموال الصغار ، أو عديمى الأهلية تحت يد واحد من هؤلاء الآباء ، وجب على القاضى ، بماله من الولاية العامة ، أن ينزع هـذه الأموال من يده ، ويحول بينه وبين التصرف فيها . ويعين وصيا يختاره هو ، لإدارة هذه الأموال ، والمحافظة عليها ، وليعمل على نمائها نماء يعود على أصحابها بالنفع . وفى هذا يقول ابن عابدين :[1] « وإذا كان الأب مبذرا متلفا ، مال ابنه الصغير ، فالقاضى ينصب وصيا ، وينزع المال من يده » .

أما القسم الثانى من الآباء ، وهم من عرفوا بالأمانة وعدم التبذير ، لكنهم مع ذلك عرفوا بفساد الرأى وسوء التدبير . فيرى الأحناف : ألا تنزع من أيديهم أموال الصغار ولا تسلب ولا يتهم عليها ، بل تبقى الأموال تحت أيديهم ، ولا تنزع منهم ، لكن ، من باب الاحتياط ، وكاجراء وقائى ، قال الأحناف : نظراً لما عرف عن هـؤلاء الآباء من فساد الرأى وسوء التدبير ، فإن تصرفاتهم الدائرة بين النفع والضرر من بيع وشراء

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٠

وخلافه ، لكى تصح وتنفذ ، لابد أن تكون المصلحة فيها ظاهرة بالنسبة للصغير، أوعديم الأهلية. وضربوا أمثلة تبين، بوضوح، معنى كون مصلحة الصغير أو عديم الأهلية ظاهرة فى التصرف ، فقالوا : لو باع الولى عقار الصغير بضعف قيمته التى يباع بها ، أو اشترى له عقارا بنصف الثمن الذى يشترى به هذا العقار ، أو باع له منقولا بثمن يزيد عن المعتاد فى حالة البيع أو اشتراه له بثمن يقل عن ثمن الشراء المعتاد لمثل هذا المنقول-يكون هذا التصرف من الأب صحيحاً ونافذاً ؛ لأن مصلحة الصغير، أوعديم الأهلية، فيه واضحة ظاهرة . ثم عمموا ، بعد ذلك ؛ فقالوا : إنه يكفى للاحتياط فى تصرفات هؤلاء الآباء ، ألاتكون بغبن فاحش .

أما القسم الثالث من الآباء ، وهم المعروفون بالأمانة وسلامة التدبير ومستورو الحال، الذين لم يعرفوا بفساد الرأى ولابسوء الاختيار-فهؤلاء ، تثبت لهم الولاية الكاملة على أموال أولادهم الصغار ومن فى حكمهم . ويملكون التصرف فيها، كما يتصرفون فى أموال أنفسهم إلا إذاكان تصرفهم ألحق بأموال الصغير ضرراً محضاً لايرجى منه نفع ألبتة ، فترد مثل هذه التصرفات .. فلو تبرع الأب بمال الصغير مثلا لجمعية خيرية ، أو اشترى به له صفقة بغبن فاحش ، رد هذا التصرف . وأحسن ماقيل فى تحديد القدر الذى يعتبر غبنا فاحشاً هو أنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين[1] .

تصرفات الأب فى مال الصغار ومن فى حكمهم

يرى الأحناف أن للأب، الصالح للولاية شرعا ، المستكمل لشروطها وأسبابها ، أن ينفرد بالتصرف فى مال أولاده الصغار ومن فى حكمهم ،من بيع ، وشراء ، ورهن ، وارتهان ، وقسمة ، وإنفاق ، وتسليم المال ، وغير

---

(١) جامع أحكام الصغار .

ذلك من التصرفات التى تجوز له ولغيره. وقالوا : إن للأب أن يبيع مال أولاده القصر ، ومن فى حكمهم ،لنفسه ، ولغيره ، ويشترى لهم مايحتاجون إليه من نفسه ، ومن غيره ، عقاراً كان أو منقولا، بثمن المثل اوبغبن يسير ، وهو مايدخل تحت تقويم المقومين . فإن كان الغبن فاحشاً ، فإن العقد يقع باطلا ، ولا تلحقه الإجازة فى حالة البيع . أما فى حالة الشراء بغبن فاحش فينفذ على الأب نفسه ، لا على المولى عليه ،ولم يقع العقد باطلا فى هذه الحالة ؛ لأنه يمكن تنفيذه على العاقد نفسه من غير ضرر يلحق المولى عليه، فينفذ ، أما فى حالة البيع ، فإن نفاذ العقد لا يمكن إلا بوقوع ضرر للقاصر حيث يستلزم العقد ، لو نفذ ، تمليك مال القاصر للغير ، فلم يجد العقد نفاذاً ، فبطل . وقال فقهاء الحنفية : إن الأب ، أوالوصى ، إذا باع عقار الصغير ورأى القاضى ان نقض البيع أصلح للصغير ، كان له نقضه . كما قالوا أيضاً : إن الأب لو باع ،أواشترى للقاصر من نفسه شيئاً فإنه يتولى طرفى العقد ، وتكون عبارة الأب ، قائمة مقام عبارتى الإيجاب والقبول. وكأنه قائم مقام شخصين (شخصه ، كأحد طرفى العقد ، وشخص ابنه بصفته وليا شرعيا عليه) فى عقد بيعه ماله لابنه ، يبيع بصفته الشخصية،ويشترى بصفته وليا. وكذلك الحال إذا ما اشترى. لكن ، فى حالة شرائه مال صغيره لنفسه ، قال فقهاء الحنيفة : إن الأب لاتبرأ ذمته ، فى هذه الحالة ، من ثمن ما اشتراه لنفسه من عقار أو منقول للصغير حتى يعين القاضى ، وصيا خاصا ، يقبض منه الثمن ؛ ثم يسلمه إليه ليحفظه للصغير ضمن ماله . أما فى حالة بيعه ماله للصغير . فلكى يعتبر الأب قابضا للمبيع حقيقة لابد أن يكون متمكنا من القبض حقيقة ، وإلا فإذا هلك قبل تمكنه من قبض المبيع ، يهلك على الأب. وخالف الإمام زفر فقهاء مذهبه ، فقال بعدم جواز بيع الأب مال نفسه للمولى عليه ولا شرائه مال المولى عليه لنفسه .

وقال الأحناف: إن للأب ، أيضا،أن يؤجر أملاك ابنه لمدة غير طويلة.

وحددوا هذه المدة بثلاث سنين فى الأرض الزراعية ، وبسنة واحدة فى الدور والحوانيت . وله ، أيضاً ، أن يؤجر نفسه للقاصر ، ويأخذ أجره من ماله . ومنعوه أن يسد ديونه من مال القاصر .

كذلك للأب أن يرهن ماله لابنه القاصر فى دين عليه له ، كما أن له أن يرتهن مال ابنه القاصر ، فى دين له عليه . وله ، أيضاً ، أن يرهن مال ابنه القاصر لأجنبي ، فى دين على هذا الابن للأجنبي ، لكن لو كان على الأب دين لأجنبي ، فهل يجوز له أن يرهن مال ابنه القاصر لدى الأجنبي ضمانا لسداد ماعليه من دين . ؟ قال أبو حنيفة ومحمد : بجواز ذلك، وقال أبو يوسف وزفر بمنعه .

وللأب أن يتصرف بحرية تامة فى مسألة تأجيل ديون المولى عليه على الغير ؛ إذا كان قد باشر سببها بنفسه . وقال الأحناف تعليلا لذلك : إن الأب يملك ابتداء أن يعقد البيع أو الشراء للصغير مؤجلا ، فكذلك يملك التأجيل بعد العقد معجلا . وللأب ، أيضاً ، أن يودع أموال القاصر فى مكان أمين لايخشى منه على هذه الأموال .

تبرع الأب بجزء من أموال الصغير

قال الأحناف : لايجوز ، مطلقاً ، للأب ، أو لغيره ، أن يتبرع بمال المولى عليه بدون عوض ؛ إذ هذا العمل من قبيل التصرف الضار ضرراً محضاً . على أنه إذا كان التبرع فى مقابل عوض ، فقد منعه الشيخان أيضاً .

وقال المالكية : لايجوز للولى أن يتبرع بجزء من مال المولى عليه ، فإن فعل يرد التصرف ، إن كان فقيراً ، ويغرم إن كان موسراً .

وقال الشافعية : لايجوز للولى التصرف الناقل للملكية بدون عوض .

ويرى الحنابلة : أن الولى لايجوز له أن يتبرع بمال الصغير كلا أو بعضا ولا أن يعتق ، ولا أن يحابى فى التصرف ، فإن فعل فعليه الضمان .

قسمة المال المشترك بين الاب وابنه الصغير

ويرى الأحناف . أن للأب أن يقسم مال أولاده المشترك ، فيما بينهم ، أو فيما بينه وبينهم . ويتولى هو طرفى العقد ، فى حالتى القسمة ؛ كما فى حالتى البيع والشراء بينه وبين القاصر .

أحوال رجوع الاب على ابنه الصغير بما أداه عنه

قال فقهاء الحنفية :

١ — إذا ضمن الأب مهر ابنه الصغير ، وأداه من مال نفسه ، لايرجع به عليه ، إلا إذا شرط الرجوع عند الأداء . بخلاف الوصى ؛ فإنه يرجع ، مطلقا ، سواء شرط الرجوع أم لم يشرطه .

٢ — وإذا اشترى الأب لولده الفقير شيئا ، ثم أيسر الولد . وأراد الأب أن يرجع عليه بثمن ما اشتراه له من ماله ، فإن كان ما اشتراه له من الأمور اللازمة للصغير ، الواجب على الأب توفيرها وإحضارها له ، كالطعام والكسوة ، فليس للأب ، فى هذه الحالة لرجوع على الابن بمادفعه ، سواء أشهد وقت الشراء أنه يريد الرجوع بثمن ما اشتراه أو لم يشهد . أما إذا كان ما اشتراه له لايعتبر من الأشياء اللازمة ، وليس بواجب عليه ، شرعا ، شراؤها له . فللأب فى هذه الحالة ، الرجوع على الابن فى ماله ، بشرط أن يكون ، وقت الشراء ، قد أشهد أنه يقصد الرجوع بما دفعه ثمنا لما اشتراه لابنه . فإذا لم يشهد بذلك سقط حقه فى الرجوع على الابن ؛ فمن اشترى لابنه الفقير قطعة أرض زراعية وأشهد ، وقت شرائه ، أنه يدفع الثمن ليرجع به على الابن عند يساره ، ثم أيسر ابنه ، فللأب الحق فى الرجوع بمقدار ما أداه ، فى مال الصغير .

أما نفقة الصغير ونفقة من تلزمه نفقته ، شرعا ، فهى فى ماله دون تبذير أو تقتير

التنظيم القانونى للولاية على مال الصغير

بالرجوع إلى المادة الثالثة من القانون رقم١١٩/١٩٥٢ نجدها قد أعطت الحرية الكاملة للمتبرعين للصغار ، فسمحت لهم بالتبرع دون أن تدخل الأموال التى تبرعوا بها للصغير ضمن نطاق الولاية . إذا اشترط المتبرع ذلك ، احتراما لإدارة المتبرع ، وحتى لايحرم القاصر من التبرعات .

أما المادة الرابعة فقد بينت حقوق الولى ، بصفة عامة ، فقالت : إن له، بمقتضى القانون ، رعاية أموال القاصر ، وإدارتها ، والتصرف فيها تصرفا يتفق وما نص عليه فى هذا القانون .

والذى يجب ملاحظته: هو أن القانون جعل الأساس ، بالنسبة لتصرفات الأب فى مال الصغير ، هو الإطلاق ، بينما ضيق الأمر بالنسبة للجد ولم يعطه الحرية التى أعطاها للأب فى التصرفات . بل وضعه موضع وصى الأب ، وأخضعه لما يخضع له الوصى من رقابة ، وإشراف ، ومسئوليات .

كذلك لم ينهج القانون نهج فقهاء الأحناف من تقسيمهم للآباء إلى أباء مبذرين متلفين وإلى مستورى الحال، وهكذا مما فصلناه سابقا ، عند الكلام على التنظيم الشرعى للولاية على المال ، بل جاء بالأحكام عامة فبينت مادته الأولى من هو الولى .

وكذلك نصت المادة الخامسة من القانون على أنه لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، وبإذن من المحكمة .

والقانون فى هذه الناحية، يختلف عن الفقه الإسلامى كثيراً ؛ فقد قلنا إنه من المقرر شرعاً أن تصرفات الأب إذا لم تحقق مصلحة القاصر ، أو كان فيها ضرر ، فإنها واجبة الرد ، وأن على القاضى ، بماله من الولاية العامة ، أن يتدخل وينقض هذه التصرفات الضارة ضرراً فاحشاً ، وأن الأب ليس له أن يتبرع أو يهب شيئاً من أموال القاصر بلا عوض . لكن القانون قيد

التبرع بمال القاصر بقيدين هما :

الأول : أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى

والثانى : أن يكون بإذن المحكمة . وقد أعطى هذا الحق للوصى بنص المادة ٣٨ من هذا القانون .

أما المواد: السادسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشرة من القانون فقد تضمنت القيود التى رأى المشرع فرضها على تصرفات الأب وحريته فى مباشرة عمله . فمنعت المادة السادسة الولى مطلقا، أبا أو جداً، من أن يشترى عقار القاصر، لنفسه ، أو لزوجته أو لأقاربه ، كأخ القاصر مثلا أو ابن أخيه أو عم القاصر أو أن يبيعه لأحد أقارب الولى والقاصر ، حتى الدرجة الرابعة ، إلا إذا أخذ إذنا من المحكمة ، حيث يعرض الأمر تفصيلا على المحكمة ويبين بها وجهة نظره فى أن العقار الذى سيباع ، فى بيعه لنفسه أو لزوجته أو للقريب حتى الدرجة الرابعة ، لاضرر منه على أموال الصغير بل له فى ذلك مصلحة ظاهرة . ولما كان يفهم من المادة المذكورة أن بيع عقار الصغير إلى غير من ذكروا فى المادة ، لا يحتاج إلى إذن من المحكمة فقد جاءت المادة السابعة فبينت الحدود التى يتصرف خلالها الأب فى عقار الصغير دون رجوع المحكمة . وقد نصت المادة السادسة ، فقرة أخيرة ، على أن الأب ليس له الحق فى رهن عقار القاصر لدين على نفسه . كما أوضحت المادة السابعة أن الأب له حرية التصرف فى عقار الصغير الذى لا تتجاوز قيمته ٣٠٠ جنيه فإذا تجاوزت قيمة العقار مبلغ ٣٠٠ جنيه فعليه أن يطلب من المحكمة المختصة الإذن له فى التصرف ، ويماثل العقار ، فى اشتراط القيود ، المذكورة ، المحل التجارى، والأوراق المالية المملوكة للقاصر .

والفقرة الثانية من المادة السابعة حتمت على المحكمة أن تستجيب لطلب الأب فتأذن له فى التصرف ، إلا إذا وضح لها أن هذا التصرف سيجعل أموال القاصر فى خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . فلو أن الصغير له أرض زراعية ، وأراد الأب أن يبيع منها جزءا يطل على النهر

الذى تسقى منه هذه الأرض بحيث إذا تملك المشترى هذا الجزء من الأرض سيجعل بقية الأجزاء فى خطر من أن يمنع عنها الرى . فإن على المحكمة ، فى هذه الحالة ، أن ترفض التصرف ، بل إنه لو تم بدون إذنها فمن حقها أن تنقضه؛رعاية لمصلحة الصغير .

وراعت المادة الثامنة رغبات مورث القاصر الذى أوصى قبل موته ، ألا يتصرف وليه فى المال الموروث ؛ فقررت منع الولى ، أبا أو غيره ، أن يتصرف فى هذا المال إلا بإذن من المحكمة ، أو تحت إشرافها .

وحرصا على مال الصغير من التوى ، والجحود ، والضياع . منعت المادة التاسعة الولى أن يقرض مال الصغير للغير ، أو يقترضه هو لنفسه ، إلا بإذن من المحكمة ؛ حيث تندفع الشبهة . ويطمئن القاضى إلى أن التصرف يحقق مصلحة حقيقية للصغير .

والراجح فى الفقه الإسلامى جواز أن يقترض الولى من مال الصغير لنفسه ، وعدم جواز إقراض الأجنبى .

كذا أجازت الشريعة الإسلامية للأب أن يؤجر عقار الصغير إلى مدة قصيرة قدرت فى الأرض الزراعية بما لا يزيد على ثلاث سنوات ، وفى الدور والحوانيت بما لا يزيد على سنة . لكن المادة العاشرة من القانون سوت بين الأرض الزراعية وغيرها ، ونصت على أنه لا يجوز للولى أن يؤجر عقار الصغير للغير مدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد بسنة ؛ لأن فى ذلك ربطا للقاصر بعقد لا يملك فسخه .

كذلك اختلف القانون عن الشريعة فيما قرره فى المادة الحادية عشرة التى نصت على عدم جواز استمرار ولى القاصر فى تجارة آلت للقاصر ، إلا بإذن من المحكمة ، وفى حدود هذا الإذن . وكذلك فيما قررته المادة الثانية عشرة من منعها الولى قبول هبة ، أو وصية ، للصغير ؛ محملة بالتزامات معينة ، إلا اذا أذنت المحكمة بذلك . بينما الفقه الإسلامى أعطى الأب حرية تامة فى مثل هذه التصرفات .

أما المادة الثالثة عشرة ، فقد نصت على إعفاء الأب من أى قيد من القيود المنصوص عليها فى هذا القانون بشأن التصرف فى مال القاصر إذا كان هذا المال قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من الأب إلى ابنه القاصر المذكور سواء أكان التبرع مستترا أم صريحا . وأعفى القانون الأب من تقديم حساب للمحكمة فيه بيان هذا المال .

(تنبيـــه)

يلاحظ أن المادة المذكورة ذكرت الأب فقط ، ولم تعمم ، بالنسبة لباقى الأولياء . ومفهوم هذا أن غير الأب من الأولياء ، جداً كان أو غير جد ، لايتمتع بهذا الترخيص المنصوص عليه فى المادة المشار إليها ، بل لابد من أن يقدموا بيانا للمحكمة عن مال القاصر ومصارفه كل عام . وهذا التكليف نص عليه القانون فيما بعد . كما أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لايعفى منها الأب إلا فى الحالة التى ذكرتها المادة الثالثة عشرة على سبيل الحصر ، لاعلى سبيل المثال .

كذلك خص هذا القانون الأب باستثناء آخر من العموم الوارد فى مادته السادسة : حيث نص فى مادته الرابعة عشرة على جواز تعاقد الأب مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك . وهذا الترخيص الذى نصت عليه المادة المذكورة كما أنه استثناء مما ذكرته المادة السادسة من هذا القانون التى حرمت على الأولياء أن يبيعوا لأنفسهم أو لزوجاتهم أو لأقاربهم حتى الدرجة الرابعة عقاراً يملكه القاصر — هو أيضا بمثابة استثناء من المادة الثامنة بعد المائة من القانون المدنى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

وهذه التفرقة التى سار عليها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بين ولاية الأب على ابنه الصغير ومن فى حكمه وبين ولاية غيره عليه ، قريبة جداً

من رأى الأحناف ، فقد قالوا : « وبيع الأب مال صغير من نفسه جائز بمثل القيمة ، وبما يتغابن فيه ، وهو اليسير ، وإلا لا . وهذا كله فى المنقول . أما فى العقار فسيجىء »[1] وفى حاشية ابن عابدين[2] : « وقال فى جامع الفصولين : للأب شراء مال طفله لنفسه بيسير الغبن لا بفاحشه اهـ . وفيه لو باع ماله من ولده لا يصير قابضا لولده بمجرد البيع ، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه حقيقة هلك على الوالد . ولو شرى مال ولده لنفسه ، لا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى وكيلا لولده يأخذ الثمن ، ثم يرده على الأب . ويتم البيع بقوله : بعت من ولدى ، ولا يحتاج إلى قوله قبلت ، وكذا الشراء . ولو وصيا لم يجز فى الوجهين ، ما لم يقل قبلت . وجاز للأب لا لوكيله ، ولا للوصى ، بيع مال أحد الصغيرين من الآخر » فالشريعة الإسلامية تجيز للأب بيع مال ابنه القاصر لنفسه ، والشراء لابنه القاصر منه ، وأجازت له ، فى هذا الصدد ؛ أن يتولى طرفى العقد ؛ لوفور شفقته على ابنه .

هذا إذا كان الأب معروفا بصلاح الرأى وحسن التدبير وعدم التبذير. فالشريعة كانت أوسع مدى من القانون بالنسبة لولاية الأب ، بل لقد قررت للأب من الحقوق على مال ابنه القاصر أكثر مما قررته للقاضى ؛ فقد أجازت للأب بيع مال أحد الصغيرين من الآخر . وفى بيع القاضى ذلك خلاف ومنعت أن يبيع القاضى مال اليتيم من نفسه[3] وكذلك جعلت إرادة الأب، بالنسبة لأبنائه الصغار، نافذة حتى بعد موته : فقررت عدم جواز عزل وصى الأب إذا كان أهلا للولاية ؛ ففى جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين : « الوصى من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغى للقاضى أن يعزله ، فلو عزله ، قيل : ينعزل . أقول : الصحيح ، عندى ، أنه لا ينعزل ؛ لأن

(١) رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٣

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٣

(٣) المصدر السابق .

الموصى أشفق بنفسه من القاضى ، فكيف ينعزل ؟ وينبغى أن يفتى به لفساد قضاة الزمان . اهـ — وهذا القول هو مختار كثير من السلف والخلف[1].

تصرفات الجد

أبانت المادة الخامسة عشرة أن الأب فى نظر القانون غير الجد بالنسبة لحرية التصرف فى مال القاصر ؛ إذ قيدت هذه المادة تصرفات الجد بضرورة حصوله ، مقدما ؛ على إذن من المحكمة المختصة . وقررت المادة المذكورة عدم جواز أى تصرف ، يصدر من الجد فى مال القاصر دون أن يكون قد حصل على موافقة المحكمة على هذا التصرف ، قبل الإقدام عليه سواء أكان التصرف فى عقار أم منقول ، وسواء أكان التصرف ببيع أم شراء أم وديعة أم غير ذلك ، وسواء أكان بثمن المثل أم بأزيد . كل ذلك منعته المادة المذكورة ، وقررت عدم جوازه قبل صدور إذن المحكمة بذلك . كذلك منعت المادة المذكورة الجد أن يصالح على مال القاصر حتى يحصل على إذن من المحكمة . ومنعته أيضاً من التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

كيفية حصر أموال القاصر

وضعت المادة السادسة عشرة نصا ملزما لكل الأولياء ، بلا فرق بين أب وجد وغيرهما ، فأمرت الجميع بأن يميزوا ، ويفرزوا ، ما للصبي من مال ، وأن تعطى المحكمة الحسبية (محكمة الأحوال الشخصية : الولاية على المال) علما بما يقدمه الولى ، وجوبا ، من قائمة ، بها بيان هذه الأموال. وحددت مدة زمنية يتم فيها هذا الإجراء هو مدة شهرين من بدء الولاية، أو من أيلولة هذا المال للصغير . وأوضحت الفقرة الثانية من المادة المذكورة

---

(١) المصدر السابق ص ٤٨٩

أن التأخير فى تقديم القائمة التى تبين ما للقاصر من مال مدة شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال للصغير ، أو عدم تقديمها أصلا ، هو من الأمور التى تبيح سلب ولاية الولى ؛ لأن هذا الفعل من شأنه تعريض أموال القاصر للخطر .

كذلك يبنت المادة السابعة عشرة حق الولى فى أن ينفق على نفسه أو على غيره من مال الصغير الذى تحت يده ، إذا كان هو، أو من ينفق عليهم، ممن يلزم الصغير شرعا بالإنفاق عليهم ، فهو، فى ذلك ، يؤدى واجبا شرعيا على الصغير نيابه عنه . وللولى هذا الحق دون حاجة إلى قضاء القاضى بذلك .

انتهاء الولاية على المال

تنتهى ولاية الولى حقيقة بما يأتى :

١ — بموت الولى ؛ لأن الولاية نظر ، ولا نظر للميت .

٢ — زوال أهلية الولى ؛ لأنه فقد الولاية على نفسه ، بفقدانه الأهلية[١]

---

(١) الأهلية إما أهلية وجوب . أو أهلية أداء - وأهلية الوجوب هى صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأساس ثبوت هذه الأهلية الحياة وأهلية الأداء ، هى صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا . ومناط هذه الأهلية ، عند الأحناف ، التميز ، والعقل ؛ فلا تثبت للجنين فى بطن أمه، كما لا تثبت له عند ولادته . وإنما تثبت له إذا بلغ سن التميز ، وهى السابعة . وأهلية الأداء ، إما أهلية كاملة ، أو أهلية ناقصة . وذلك تبعا لكمال التميز والعقل ، ونقصانه .

وأهلية الأداء الناقصة ، هى صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر ، أو لصدور تصرفات يتوقف نفاذها على رأى غيره. وتثبت هذه للصبى إذا بلغ السابعة ، ولم يصل، بعد، إلى درجة البلوغ الشرعى . ومن ثم يصح منه صدور بعض التصرفات دون البعض الآخر؛ وتصرفاته التى تصح منه =

كذلك قررت المادة الثامنة عشرة انتهاء الولاية ببلوغ المولى عليه سن الرشد المالى، وهو إحدى وعشرين سنة ؛ فاذا بلغ الصغير هذه السن انتهت الولاية عليه دون حاجة إلى حكم من المحكمة ، فالانتهاء هنا بحكم القانون ، فمتى بلغ ، رشيدا ، هذه السن سقطت عنه الولاية بحكم القانون . والمادة هنا تفترض وجود الرشد . ولهذا قررت انتهاء الولاية بمجرد بلوغ الصغير هذه السن ، واستثنت حالة واحدة تبقى فيها الولاية، ولو بلغ الصغير سن إحدى وعشرين سنة ، وهى حالة ما إذا قضت المحكمة باستمرار الولاية لوجود عوارض تحول دون كمال أهليته عند بلوغ السن المقررة ، واستوثقت المحكمة من قيام هذا العارض حيث الأمر كذلك إلى أن يزول السبب الذى من أجله قضت المحكمة باستمرار الولاية .

تنبيـــه

١ — يؤخذ من نص المادة المذكورة ، أن الولى لو سكت ، ولم يتقدم بطلب إلى محكمة الأحوال الشخصية ، مبينا الأسباب التى تدعوه إلى استمرار

═ بعضها ينفذ دون حاجة إلى إذن ولى أو وصى ؛ لأنها خير على كل حال ، وبعضها يصح صدورها منه باعتبار ماله من أصل الاهلية ، ولاحتمال أن فيها نفعا له . ولكنها تتوقف على إجازة الولى أو الوصى ؛ فإن أجازها نفذت ، وإن لم يجزها بطلت . وذلك إذا ما تصرف الصبي تصرفات دائرة بين النفع والضرر .

أما أهلية الأداء الكاملة فتثبت للبالغ الرشيد . وهذه الاهلية تعطى صاحبها الصلاحية التامة لإنشاء العقود كلها من غير توقف على إجازة أحد . وسن البلوغ الشرعى عند أكثر الفقهاء يكون بتمام الخامسة عشرة . بينما جعل القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سن البلوغ المالى هو ٢١ عاما .

ويطلق رجال القانون على أهلية الوجوب اسم الشخصية القانونية . ويعرفونها بتعريف لا يخرج عن تعريف الفقهاء لها : فهى عندهم عبارة عن الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات .

ولايته على الصغير ، لعدم كمال أهليته ببلوغ إحدى وعشرين سنة ، حتى بلغها الصغير ، فإن الولاية تنتهى وتسقط ، والساقط لايعود . فاستمرار الولاية لابد فيه من قرار جديد من المحكمة المختصة .

٢ — كذلك لو تقدم بطلبه طالبا استمرار الولاية على الصغير لأسباب تقضى ذلك ، وتبين للمحكمة عدم صحة هذه الأسباب ؛ فإن القانون يوجب على المحكمة رفض الطلب ، وتنتهى الولاية عند بلوغ الصغير سن الرشد المالى المحددة فى المادة المذكورة .

٣ — فى حالة بلوغ الصغير ، غير رشيد ، وكانت المحكمة قد قضت باستمرار الولاية عليه ، فإن ولاية الولى عليه تستمر دون حاجة إلى تعيين ولى جديد ، متى كان هذا الولى صالحا للولاية .

٤ — كذلك تنتهى الولاية على القاصر بموت القاصر قبل البلوغ .

طروء ما يستوجب الحد من الأهلية

إذا انتهت الولاية على شخص ببلوغه السن المقررة ثم طرأ مايستوجب الحد من أهليته لجنون حدث له،أو عته ، أوسفه ، أو غفلة ، فهل تعود إلى الولى السابق عليه ، ولايته التى انتهت،بمجرد ظهور هذه الأمور على الشخص المذكور ، باعتبار أن لهذا الولى ولاية سابقة عليه ، أو أن الأمر لابد فيه من اتخاذ إجراءات أخرى؟

بينت ذلك كله المادتان ١٩ و ٦٥ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، فقد نصت المادة التاسعة عشرة على أنه « إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود ، إذا قام سبب من أسباب الحجر» ، ونصت المادة ٦٥ على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون ، أو للعته ، أو للسفه ، أو للغفلة . ولا يرفع الحجر الا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما : لإدارة أمواله ، وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون».

فقد بينت المادة ١٩ أن الولاية السابقة على شخص إذا انتهت لاتعود بعودة ما يوجب الحد من تصرف هذا الشخص . أما المادة ٦٥ فنظمت طريقة الحد من حرية أى شخص فى تصرفاته . فأوجبت الحكم على المجنون، ومن فى حكمه ، بالحجر . وقررت أن الحجر يظـــل باقياً حتى ولو زالت الأسباب الموجبة له حتى يصدر قرار من المحكمة المختصة برفعه ، ثم قررت هذه المادة طريقة تعيين من يرعى شئون المحجور عليه ويدير أمواله . فأعطت الحق للمحكمة التى قضت بالحجر فى أن تعين قيما على من يحجر عليه لإدارة أمواله وفقاً للأحكام التى قررها هذا القانون . وتكون ولاية هذا القيم مستمدة من المحكمة . ولها ، فى سبيل تحقيق مصلحة المحجور عليه، أن تعين قيما على المحجور عليه... الأب ، أو الابن، إذا رأت مصلحة فى ذلك . ولو كانا محكوماً عليهما فى جريمة مخلة بالآداب أو ماسة بالشرف أو النزاهة ولم ينقض على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات أو كانا قد حكم عليهما لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايتهما على نفس المحجور عليه لو أنه كان فى ولايتهما (راجع نص المادتين ٢٧ ، ٦٥ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢) .

موقف الشريعة من هذا الموضوع

لايختلف الفقه الحنفى عما قرره القانون فى موضوع القضاء الولاية إلا فى مسألة تحديد سن البلوغ ـ فقد قرر الأحناف أن ولاية الأب والجد تنقضى ببلوغ الصغير رشيداً عاقلا . وقالوا : إنه إذا بلغ سفيها تنقضى أيضاً ولاية الأب والجد التى كانت قبل البلوغ ، ويحجر عليه القاضى بسبب السفه ، ويعين عليه قيما ... الأب ، أو الجد أو غيرهما . وهناك رأى للإمام محمد يقول : لو أن الصغير بلغ سفيها ، فإن الولاية التى كانت قائمة قبل البلوغ لاتنقضى . ولا يحتاج إلى حجر جديد بل تبقى كما كانت . ومعنى هذا

أن الأب أو الجد يظل لهما حق الولاية على المحجور عليه بمقتضى الشرع كما كان لهما هذا الحق بالنسبة للمحجوَر عليه قبل أن يبلغ : فولايتهما ، فى الحالة الأخيرة، ولاية ذاتية ، وليست مستمدة من الغير ، وليست هناك حاجة إلى قضاء من القاضى لإثباتها . وأن هذه الولاية تظل ثابتة حتى يزول السبب الذى اقتضى ثبوتها وهو انعدام الأهلية[1]، بينما يرى أبو يوسف أن السفيه لايصير محجوراً عليه بنفس السفة بل لابد من حجر القاضى ، وأن زوال الحجر عنه لايكون إلا بحكم من القاضى أيضاً . وعند محمد زوال الحجر عليه بظهور رشده ، ولا يحتاج إلى حكم القاضى .

علامة البلوغ

وقال الأحناف : إن معرفة البلوغ هو بالاحتلام لما روى عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة» وذكر منها « الصبى حتى يحتلم»

وجه الاستدلال بالحديث :

جعل الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، الإحتلام غاية لارتفاع الخطاب. والخطاب بالبلوغ فدل ذلك على أن البلوغ يثبت بالاحتلام . وقال الأحناف إن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال بكمال القدرة والقوة . والقدرة من حيث سلامة الأسباب والآلات ، هى إمكان استعمال سائر الجوارح السليمة ؛ وذلك لا يتحقق على الكمال إلا عند الاحتلام . فإن قيل : الإدراك إمكان استعمال سائر الجوارح ، إن كان ثابتاً ، فإمكان استعمال الآلة المخصوصة ، وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال ، فليس ثابت لأن كمالها بالإنزال ، والاحتلام سبب لنزول الماء على الأغلب فجعل علماً على البلوغ .

وقال الأحناف أيضاً : إن البلوغ كما يثبت بالاحتلام الذى هو سبب

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٦٩ (باب الحجر والحبس) :

لنزول المادة عادة . يثبت من باب أولى بالإنزال، وبالإحبال، لأن الإحبال لا يتحقق بدون الإنزال عادة . فإن لم يوجد شيء من ذلك . فيعتبر البلوغ بالسن .

البلوغ بالسن :

اختلاف العلماء فى أدنى السن التى يتعلق بها البلوغ ؛ فقال أبو حنيفة ، رضى الله عنه . ثمانى عشرة سنة فى الغلام ، وسبع عشرة فى الجارية .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى، رحمهم الله: خمس عشرة سنة فى الجارية والغلام جميعا . واستدلوا لرأيهم بقولهم : إن المؤثر فى الحقيقة هو العقل، وهو الأصل فى الباب، إذ به قوام الأحكام، وإنما الاحتلام جعل حداً فى الشرع لكونه دليلا على كمال العقل. والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة فإذا لم يحتلم إلى هذه المدة ، علم أنه لآفة فى خلقته . والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل . فكان العقل قائماً بلا آفة ، فوجب اعتباره فى لزوم الأحكام.

كما استدلوا لرأيهم أيضا بما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه، أنه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام ، وهو ابن اربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه . فقد جعل رسول الله ، صلى الله عليه وسلم خمس عشرة سنة حداً للبلوغ .

أما أبو حنيفة ، رضى الله عنه ، فقد دلل لرأيه بقوله : إن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام « رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » فيجب لذلك بناء الحكم على الاحتلام . ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه . ويقع اليأس عن وجوده . ولا يقع اليأس ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة فهى مدة قليلة. وإنما يقع اليأس ببلوغ ثمانى عشرة سنة للغلام وسبع عشرة للجارية؛ لأن تأخر الاحتلام إلى هذه المدة متصور فى الجملة ، فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه

مع الاحتمال،وعلى هذا أصول الشرع، فإن حكم الحيض لما كان لازماً فى حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ، ويجب الانتظار لمدة اليأس ، لاحتمال عود الحيض . وكذلك التفريق فى حق العنين ، لا يثبت ما دام طمع الوصول ثابتاً ، بل يؤجل سنة لاحتمال أن يجامع امرأته فى فصول السنة . فإذا مضت السنة ووقع اليأس فحينئذ يحكم بالتفريق . وكذا أمر الله سبحانه وتعالى بإظهار الحجج فى حق الكفار ، والدعاء إلى الإسلام إلى ان يقع اليأس عن قبولهم ، فما لم يقع اليأس لا يباح لنا القتال ، فكذلك ههنا ما دام الاحتلام يرجى ، يجب الانتظار ، ولا يأس بعد مدة خمس عشرة سنة ، بل هو أمر مرجو ، فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده، بخلاف ما بعد هذه المدة ، فإنه لا يحتمل وجوده بعدها . فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس عن وجوده .

وقال أبو حنيفة : إن الحديث الذى روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه ، واحتج به الصاحبان ، لاحجة فيه ؛ لأنه يحتمل أنه أجاز ذلك لما علم ، عليه الصلاة والسلام أنه احتلم فى ذلك الوقت ، ويحتمل أيضاً أنه أجاز ذلك لما رآه صالحاً للحرب محتملا له على سبيل الاعتياد للجهاد، كما أمرنا باعتبار سائر القرب فى أول أوقات الإمكان ، والاحتمال لها ، فلا يكون حجة مع الاحتمال (١).

واختلف الأحناف فيما بينهم لو طرأ الجنون أو العته بعد البلوغ عاقلا، هل تعود الولاية المنقضية ، وتصبح حقاً للأب أو الجد ، كما كان الأمر قبل انقضائهما ويكون كل منهما ولياً من قبل الشارع ، أو لا تعود تلك الولاية ويكون الأمر للقاضى يعين من يراه الأب أو الجد أو غيرهما . ويكون من قبل القاضى؟ ... رأيان فى ذلك الأمر .

وقال الأحناف بانقضاء الولاية ببلوغ الصغير كما قلنا ، وبزاول الجنون

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧٢ .

والعتة والسفه حسب ما بيناه من خلاف بين أبي يوسف ومحمد اللذين يقولان بجواز الحجر للسفه . كما يقول الأحناف أيضا بانقضاء الولاية بموت المولى عليه وكذلك بموت الولى ، أو بزوال أهليته بجنون أو عته ، أو سفه أو نحو ذلك .

سلب الولاية

أشارت المادة (٢٠) إلى أحوال سلب الولاية ، أو الحد منها ؛ فنصت على أنه « إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب تصرف الولى ، أو لأى سبب آخر . فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها ».

وواضح من نص المادة أنها تركت الأمر لتقدير المحكمة فى مسألة تعرض مال القاصر للخطر ، فهى بما لديها من وقائع ، تتبين الحقيقة وتكيف الأمر من جميع وجوهه لتصل الى اعتقاد راسخ حول ما إذا كانت ولاية الولى على مال القصير أصبحت تعرض هذا المال للضياع أم لا ، بحيث إذا تبين لها أن الولى سيء التدبير مهمل إهمالا شديداً ، غير قادر على تحمل المسئولية ، مستهتر لا يبالى ، يترك أموال الصغير فى يد غير الأمناء عليها ، أو يتصرف فى المنقول بغبن فاحش ، بلا دراية ولا خبرة ولا هدف ، بل هدفه أن يضيع المال ويبعثره ذات اليمين وذات الشمال . قضت بسلب ولايته ؛ لان الولاية نظر ولا نظر ولا مصلحة للصغير فى بقاء مثل هذا الولى يتصرف فى المال ويعرضه بتصرفه للخطر والضياع . كما أنه إذا استبان للمحكمة أن الأسلم والأولى ألا تسلب الولاية بل يحد منها فعلت ما تراه محققاً لمصلحة الصغير .

موقف الشريعة من هذا الامر :

لا يختلف موقف الشريعة عن القانون فى جواز سلب ولاية الولى ، أباً

أوجداً أوغيرهما، إذا عرض مال القاصر للضياع، فقد اشترط الفقهاء فى الولى الأمانة ، وافترضوا وجودها فى الأب أو الجد ، فإذا ثبت عدم أمانتهما فللقاضى أن ينصب وصياً وينزع المال من الولى الشرعى[1] .

وقف الولاية

وقد تكفلت المادة ٢١ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ ببيان الأحوال التى توقف فيها المحكمة ولاية الولى ، فنصت على أن المحكمة تحكم « بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً ، أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة » .

وتفصيل ما ذكر فى المادة المذكورة يوضح لنا الأحوال التى يجب فيها على المحكمة أن تحكم بوقف الولاية ، لعجزه عن إدارة أموال القاصر ، وهى:

أولا ـ حالات الغيبة ، وتشمل هذه الفقرة الحالات التى نصت عليها المادة ٧٤ من القانون المذكور ، وهى :

١ ـ من غاب إلى جهة غير معلومة لمدة سنة فأكثر، وتعطلت مصالحه ، ولم يعثر له على أثر، ولم تعرف حياته أو مماته . فهذا هو المفقود الذى يعتبره القانون غائباً ، ويوجب على المحكمة أن تقيم وكيلا عنه إذا كان كامل الأهلية ولم يترك وكيلا عنه قبل غيبته .

٢ ـ الغائب الذى ليس له محل إقامة ، ولا موطن معلوم ، ولا يهتدى إليه ، كشخص هام على وجهه، لسبب غير معلوم ، أو فراراً من إجراءات اتخذت ضده ، أو أحكام صدرت عليه .

٣ ـ الغائب خارج حدود الدولة ، ومعلوم محل إقامته ، وتوطنه ، لكنه

---

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٢١ وما بعدها .

استحال عليه أن يتولى شئون نفسه بنفسه ، أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها لظرف طارىء غير معلوم متى ينتهى ، كقيام حرب مفاجئة منعته من العودة واستمرت مانعة له سنة فأكثر ، وتعطلت أعماله لذلك : فمثل هذا الشخص أصبح عاجزاً عن أن يتولى أمور غيره ؛ لعجزه عن النظر فى أمور نفسه .

ثانياً ـ حالات يعتبر فيها الولى عاجزاً عن إدارة أمواله وجميع شئونه الخاصة فأولى أن لا يستطيع أن يقوم برعاية أموال وشئون القاصر . وقد ذكرتها المادة (٢١) فى فقرتها الأخيرة ـ على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ـ وهى :

تقييد حرية الولى باعتقاله تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية ، أو لحكم بالحبس مدة تزيد على سنة .(١)

---

(١) وقد قضت بتاريخ ٢٠/٢/١٩٦٨ محكمة الجيزة الكلية للأحوال الشخصية فى الطلب رقم ٢٩ تبليغات سنة ١٩٦٨ المقدم من الجدة لأم ضد والد أبناء ابنتها منه طالبة فيه وقف ولايته على أولاده لأن حريته مقيدة حيث حكم عليه بالسجن مدة خمسة عشر عاما ـ وفيما يلى نص الطلب :

السيد الأستاذ رئيس نيابة الجيزة .

للولاية على المال

مقدمته لسيادتكم السيدة / . . . المقيمة . . . . تبع بندر الجيزة متخذه لها محلا مختارا مكتب السيد الأستاذ عبد الرازق طلعت المحامى بالقاهرة

ضـــد

فلان . . . سجين محكوم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة فى الجناية رقم ٨٢٥ سنة ١٩٦٢ جنايات البدرشين = ٧٦٢ سنة ٩٦٢ كلى الجيزة والمحكوم عليه من محكمة جنايات الجيزة بجلسة ١٤/٢/١٩٦٧

الطالبة جده لأم بالنسبة للأطفال حافظ سن ١٥ سنة ومحمد سن ١٣ سنة وسعد سن ١٠ سنوات وهم أولاد المرحومة . . . . بنت الطالبة من أبيهم المذكور فى يدها وحضانتها الصالحة لها شرعا منذ أن قتلت أمهم بتاريخ ٣٠/٥/١٩٦٢ بيد المدعى عليه فى الجناية المشار اليها .

وقد قامت الطالبة على تربيتهم من مالها غير آلية جهداً فى سبيل أداء رسالتها الطبيعية ليكونوا مواطنين صالحين وذلك لأنهم لا يملكون شيئاً ولم يتلقوا عن والدهم مالا .

وحيث أن المادة ٢١ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ تجيز للمحكمة وقف الولاية إذا حكم على الولى بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنه .

وأضافت المادة (٢٢) من القانون حكماً آخر إلى المادتين ٢٠ ، ٢١ منه ؛ فنصت على أنه إذا حكم بسلب ولاية الولى على نفس الصغير أو بوقفها يترتب على هذا الحكم سقوط ولايته أو وقفها بالنسبة للمال لأن من فقد الأهلية أو اللياقة للولاية على النفس كان غير أهل أو غير لائق للولاية على المال .

عودة الولاية :

قررت المادة (٢٣) من القانون الحق لمن سلبت ولايته ، اوحد منها ، أو وقفت ، أن يطلب من المحكمة التى أصدرت ضده حكمها بذلك أن تعيد إليه حقه الذى أخذته بمقتضى حكمها ضده . ومعنى هذا : أن الحكم بسبب الولاية أو الحد منها أو وقفها ، ليس عقابا أبدياً لا يرفع . وقررت المادة جواز استعمال الحق فى طلب استرداد الولاية التى سلبت أو وقفت أو حد منها مقرونا هذا الجواز بزوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها . وجعلت للمحكمة الحرية الكاملة فى تقصى الحقيقة للتثبت من ادعاء الطالب زوال الأسباب التى بنت عليها المحكمة قرارها بسلب الولاية أو الحد منها ، أو وقفها . ولها الحق المطلق إذا لم تقتنع بما يدعيه الطالب أن تقضى برفض طلبه .

والفقرة الأولى من المادة المذكورة لم تقيد الحق الذى منحه القانون لمن سلبت ولايته أو حد منها أو أوقفت فى أن يطلب عودة ما ضاع منه من

= ولما كان وقف الولاية يستتبع أقامة وصى يلى أمور القصر ويرعى مصالحهم والطالبة بوصفها جدتهم والحاضنة لهم والقائمة على تربيتهم والانفاق عليهم منذ عام ١٩٦٢ حتى الآن هى أحق الناس بأن تكون وصية عليهم .

لهــذا

نلتمس بعد الفحص تحديد جلسة أمام المحكمة للنظر فى وقف ولاية فلان . . . على أولاده القصر المذكورين بهذا الطلب وتعيين الطالبة وصية عليهم .

وتفضلوا سيادتكم بقبول فائق الاحترام . .

وكيل الطالبة

حقوق إليه ، ولم تقيدهذا الحق بقيد زمنى، اعتمادا على أنالعوارض ليست لها صفة الدوام . ولذلك قررت الفقرة الأولى من المادة (٢٣) أنه متى زالت الأسباب التى دعت إلى سلب الولاية أو وقفها فلمن سلبت ولايته أوحد منها أن يطلب عودة حقه إليه ولوكان القرار الصادر من المحكمة بسبب الولاية حديث عهد بالصدور ؛ إذ لا يعتبر ذلك طعناً فى القرار، بل هو بمثابة توبة صدرت من الطالب فجبت ما قبلها من آثار .

لكن الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر قيدت الحق المذكور بقيد زمنى إذا رفض طلب استرداد الولاية ،فاشترطت، لقبول نظره أمام المحكمة، كإجراء شكلى لاموضوعى، انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض. لكن هذا الشرط ،كما هو ظاهر من نص المادة المذكورة، خاص بطلب استرداد الولاية فقط، الذى سبق رفضه ، إذا زالت الأسباب التى دعت إلى الحد من ولايته أو وقفها ، دون اشتراط مرور زمن خاص على الحكم النهائى بالرفض.

لكن هذا الأمر يتجافى مع روح التشريع، اذ المقصود من القيد الزمنى الذى حددته المادة فى فقرتها الأخيرة هو الإقلال من الخصومات المتعلقة بعودة الولاية وإفساح المجال الزمنى للتثبت من زوال الأسباب التى كانت قد دعت الى سلب الولاية ، أو الحد منها ، أو وقفها . ولهذا فهذا القيد الزمنى ،كما هو منصب فى التصريح به على من سلبت ولايته ، فهو منصب ايضاً على من حد من ولايته أو وقفت . فإذا رفض الطلب بإطلاق حرية الولى ، او بزاول الوقف الذى كان قد صدر ضده فلا يجوز له من جديد ان يعود فيطلب عودة هذه الحقوق اليه إلا بعد مرور سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض هذا وقد قصد الشارع من تعليق عودة الولاية على قرار من المحكمة . إلى صيانة مصالح الصغير ، ومصالح الغير ممن لهم معاملات بشأن مال الصغير .

موقف الشريعة :

يفهم من النصوص الفقهية التى ذكرت بشأن الوصى المختار أن للقاضى أن يضم إليه غيره ليعاونه إذا عجز عن العمل بمفرده ، كما له أن يستبدل به غيره إذا عجز عن القيام بأعمال الوصاية،لمرضه أو لأى عارض آخر اعتبارا لمصلحة الصغير . وأن للوصى أن يعود إذا زالت الأسباب التى أدت إلى إخراجه وأن على القاضى أن يعيده إلى الوصاية مراعاة لحق الميت وحق الورثة ، وهذه النصوص تفيد أن الولاية تعود إلى الولى إذا زال السبب الذى أدى إلى إخراجه . ومن ذلك يتبين أنه لا خلاف بين الشريعة والقانون فى هذا الأمر .

الوصاية

التنظيم الشرعى لها

معنى الوصاية :

الإيصاء الوصية فى اللغة بمعنى واحد . يقال أوصى فلان إلى فلان بكذا ، ووصى له بكذا : عهد إليه به .

وفى المصباح:وصيت إلى فلان ، توصية،وأوصيت إليه إيصاء . والاسم الوصايه بالكسر ، والفتح لغة . وأوصيت إليه بمال جعلته له .

وفى القاموس: أوصاه ، ووصاه توصية . عهد اليه . والإسم : الوصاة ، والوصية .

وفى المغرب : الوصاية بالكسر مصدر لوصى .

والفقهاء يفرقون بين الوصية ، والإيصاء . فيقولون : أوصى فلان إلى فلان بكذا — أى عهد إليه بالإشراف عليه من بعده . ومن ذلك العهد إلى الوصى المختار بالإشراف على شئون أولاده من بعده — ويقولون : أوصى فلان لفلان بكذا أى تبرع له به ، وملكه إياه بعد وفاته .

الوصى المختار

الوصى المختار: هو من يختاره الأب أو الجد ، او من له حق الولاية من قبلهما ليكون خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر ، وعلى أموالهم بعد وفاته ، ويسمى من يختاره الأب : وصى الأب ، ومن يختاره الجد : وصى الجد ... وهكذا .

كيف يتم الإيصاء :

يتم الإيصاء بإيجاب من الوصى ، وقبول من الموصى إليه بلفظ يدل على إرادة اسناد شئون مال الموصى فقط ، أو أولاده وأموالهم من بعده إلى الموصى إليه . أو اسناد شئون المشمولين بولايته من اليتامى ، وأموالهم إلى الموصى إليه كأنت وصى ، أو أنت وصى فى مالى ، أو فوضت إليك شئون أولادى وأموالهم ، أو فوضت إليك شئون اليتامى المشمولين بولايتى ، أو تعهد شئون أولادى ، بعد وفاتى . أو تعهد شئون اليتامى المشمولين بولايتى بعد وفاتى . أو ما ماثل ذلك من العبارات والصيغ الدالة على ما ذكر

وقت القبول :

يصح القبول فى حياة الموصى وبعد مماته ، وله أن يرد فى حياة الموصى وبعد مماته لكنه إن رد فى حال حياة الموصى يشترط أن يعلم الموصى بالرد أما أن رد من غير علم الموصى بالرد ، فلا يصح الرد ، وله القبول بعد ذلك وإذا رد بعد موت الموصى فله أن يعود فيقبل مالم ينفذ القاضى رده . فإن

نفده فلا يملك القبول بعد ذلك . قال صاحب تحفة الفقهاء [1] .
« وكان ينبغى أن يعتبر القبول بعد الموت كما فى الوصية بالمال ، لأنه إيجاب بعد الموت ، لكن ههنا جاز القبول فى حال الحياة ، بخلاف الوصية بالمال لضرورة أن الميت إنما يوصى إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء ، والأمناء فلو اعتبر القبول بعد الموت ، فربما لا يقبل ، فلا يحصل غرضه ، وهو الوصى الذى اختاره ، وإذا صح — فلا يخلو : إما ان يكون الوصى حاضرا أو غائبا . فإن كان حاضرا ، وقبل مواجهة : صح . ولو أراد أن يرد الوصاية ويرجع : لا يصح بدون حضرة الموصى ، أو علمه ، لما فيه من الغرور به . واذا رد فى المواجهة ، صح . فأما اذا كان غائبا ، فبلغه الخبر ، فقبل فلا يصح رده الا بحضرة الموصى » .

صيغة القبول :

القبول كما يكون صراحة باللفظ ، يكون دلالة بالفعل ، كأن يتصرف الموصى له فى التركة تصرفا يدل على قبوله . وحينئذ لا يصح له رد الإيجاب بعد ذلك الا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام الموصى ، كالوكيل لا يملك عزل نفسه ، فى حال غيبة الموكل ، ويملك فى حال حضرته .

تعليق الوصية بالشرط :

يصح تعليق الوصية بالشرط فإذا قال أنت وصى أن قدم فلان فهو وصى إذا تحقق الشرط وهو قدوم فلان ، ولو قال رجل إن مت من مرض هذا ، أو فى سفرى هذا فأنت وصى فى مالى . فبرأ ولم يمت حتى رجع من السفر ، ثم مات لا يكون وصيا لأنه تعلق بشرط خاص ، ولم يوجد .

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ ص ٣٦٥ تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

جواز أن يكون الرجل وصيا لرجلين :

ولو أوصى الى رجل ، وهو وصى لرجل آخر ، فإنه يكون وصيا فى تركته ، وتركة الأول .

تعدد الأوصياء :

كما يصح الإيصاء إلى واحد يصح إلى أكثر من واحد لكنه إن ان أوصى لأكثر من واحد ونص على أن لا يتصرفوا الا مجتمعين فلا يصح التصرف الا مجتمعين . ولو نص على جواز التصرف مجتمعين ومنفردين فلا خلاف فى جواز انفراد أحدهم بالتصرف . أما إذا أطلق كما لو أوصى إلى رجلين . بأن قال أوصيت إليهما فإن إحدهما لا ينفرد بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى عند ابى حنيفة ومحمد .

وعند ابى يوسف ينفرد . وقال أبو حنيفة ومحمد بجواز أن ينفرد احدهما بالتصرف فى الأمور التى يكون فى تأخير التصرف فيها إلى حضرة صاحبه يسبب ضررا — وكذلك فى الأمور التى لا يحتاج فيها الى الرأى ، وذلك نحو شراء الكفن ، وجهاز الميت، وجمع الأموال المتفرقة ، من قبض الديون والودائع، والمغصوب . وشراء مالا بد لليتيم منه كشراء الطعام، والكسوة ، وكذا قبول الهبة ، وبيع ما يتسارع اليه الفساد ، لأن فيه منفعة للصبي - كما ينفرد بالخصومة للميت وعليه . بمعنى صحة حضوره بمجلس القضاء والمرافعة لا رفع الدعوى والسير فيها ، اذ هذا مما يحتاج الى الرأى . كذلك قال الإمام بجواز انفراد أحد الوصيين بأداء ما على الميت من رد الودائع ، والمغصوب، وقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية بأعتاق عبد بعينه .

توقيت الوصية بزمن :

يصح أن يعلق انتهاء الوصية بزمن معين ، أو بحدوث فعل معين ،

كأن يقول أنت وصى الى قدوم بكر ، فإذا قدم بكر كان وصيا ـ فيصح ذلك ويكون الرجل وصيا حتى قدوم بكر فإذا قدم بكر خرج الأول من الوصاية .

وصى الأب مقدم على الجد :

وصى الأب أولى من الجد ، فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصى الجد ، فإن لم يكن فالقاضى ووصى القاضى .

وصى الوصى :

ولو مات أحد الوصيين ، وأوصى الى رجل آخر ـ جاز ، ويكون قائما مقامه . ولو عين قبل موته وصيا فى تركته ، وتركتة الوصى الأول ، أو أبهم ولم يذكر أنه وصى فى التركتين . كان وصيه وصيا فى التركتين .

شروط نفاذ الوصية

يشترط لنفاذ الوصية لا لإنشائها أن تتوافر فى الموصى له وقت نفاذ الوصية الصفات الآتية .

١ — الحرية

٢ — البلوغ

٣ — العقل

٤ — الرشد بمعنى حسن التصرف فى المال .

٥ — أن يكون أمينا على المال .

٦ — إذا كانت الوصاية على مسلم يشترط أن يكونَ الموصى له بها مسلما

رأى آخر

هناك رأى آخر فى المذهب يرى أن الشروط المتقدمة هى شروط صحة فاذا فقد الموصى له وقت إنشاء الوصية شرطا أو أكثر من الشروط السابقة

تقع الوصية باطلة وتكون تصرفات الموصى له الفاقد للشروط المذكورة كلها أو بعضها ، قبل أن يخرجه القاضى، تصرفات باطلة . لأن الصغير ، والمجنون، والعبد والمبذر لا ولاية لأحد منهم على نفسه . فلا تكون له الولاية على مال غيره . والكافر لا ولاية له على المسلم .

وعلى الرأى الأول تقع تصرفاتهم صحيحة . قال صاحب التحفة : « ولو أوصى إلى عبد إنسان ، أو إلى ذمى . أو إلى صبى . فإنه لا ينفذ ، ويخرجه القاضى . ولو عتق العبد ، وأسلم الذمى ، قبل إخراج القاضى : تنفذ الوصايا وإذا بلغ الصبى : لا تنفذ عند أبى حنيفة ، وعندهما تنفذ . ولو تصرف العبد أو الذمى ، قبل الأخراج : يصح فى رواية . وفى الصبى لا يصح بالإجماع . ولو أوصى إلى عبد نفسه فإن لم يكن فى الورثة كبير جاز عند أبى حنيفة ، خلافاً لهما . ولو كان فى الورثة كبير : لا يصح بالإجماع ».[1]

إخراج الوصى

إذا توافرت جميع الشروط السابقة فى الموصى له . فلا يجوز للقاضى أن يعزله ، أو يضم إليه غيره ، فإن عزله يكون عزلا بلا سبب فلا ينفذ . لأن فى عزله تفويت لغرض الموصى ، وإضاعة لحق الورثة من غير مبرر فلا يجوز — لكن إن ظهر أنه غير قادر على القيام بأعمال الوصاية وحده . ضم إليه القاضى شخصا آخر يعمل معه مراعاة لحق الموصى ، ومحافظة على مصالح الورثة وإن عجز عن القيام بأعمال الوصاية ولم يستطع القيام بشىء منها وتأكد القاضى من عجزه عزله القاضى ، واستبدل به غيره مراعاة لمصالح الورثة . فإذا زال العجز ، وعادت إليه القدرة على العمل أعاده إلى الوصاية مراعاة لحق الميت .

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمر قندى ج ٣ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ .

واذا ظهرت للقاضى خيانة الوصى ، أو ثبت لديه ما يقتضى عزله من الوصاية بأن كان فاسقا غيرمأ مون على التركة ، عزله منها . وقام غيره مقامه

غيبة الوصى

إذا كان الأب قبل موته قد اختار وصيا ، وغاب هذا الوصى غيبة منقطعة ، فللقاضى فى هذه الحالة ، أن يعين وصيا مدة غيبة وصى الميت ، فإذا حضر وصى الميت كان هو الوصى وبطل حق وصى القاضى فى التصرف[1]

تخصيص الوصى بعمل معين :

إذا أقام الموصى وصيا فإما إن يقيمه للعمل فى بعض شئون تركته ، وإما أن يقيمه وصيا دون أن يذكر شيئا يدل على إطلاق حريته فى العمل فى كل التركة أو يقيده بتصرف معين ، فى التركة كلها أو فى بعضها . والحكم الشرعى يختلف فى حالة عن حالة حسب البيان التالى :

لاخلاف بين فقهاء الأحناف فى أن وصى الأب يتصرف فى جميع امور تركة الموصى فى الحدود المرسومة بمقتضى ما إكتسبه من حقوق شرعية نتيجة الإيصاء له إذا عمم الموصى فى إيصاءه له .

أما إذا عينه وصيا فى شىء خاص من الأموال ، كالعقارات مثلا ، أو حدد له عملا خاصا فى الأموال كالتجارة ، والزراعة . ففى ذلك خلاف . فأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان لاعبرة بالتخصيص وعند محمد هو وصى فيما جعل إليه وقد وضح ذلك صاحب تحفة الفقهاء فقال :

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى ﺣ ٣ ص ٣٦٧ .

« ولو أنه أوصى إلى رجل بقضاء دينه ، وأوصى : إلى آخر بأن يعتق عنه : فهما وصيان فيهما جميعا ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وكذلك إذا أوصى بنصيب ولده إلى رجل . وبنصيب من بقى إلى آخر وعلى هذا لو أوصى بميراثه فى بلد إلى رجل ، وفى بلد إلى آخر . وكذا إذا أوصى بتقاضى الدين إلى إنسان للحال وإلى آخر إن قدم ، فاذا قدم فلان فهو وصى دون الأول فهما وصيان فى ذلك كله عند أبى حنيفه وأبى يوسف. خلافا لمحمد لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما، متى ثبتت فى البعض ، تثبت فى الكل. وروى عن أبى حنيفة فيمن أوصى إلى فلان حتى يقدم فلان ، فإذا قدم فهو الوصى ، دون الأول فهو كما قال ، فيكون عند أبى حنيفه روايتان فى هذا ، ويجوز أن يكون الأول قول أبى يوسف خاصة ، وعند محمد : كل واحد منهما وصى ، فيما جعل إليه — هذا هو المشهور من الخلاف[1] .

وما تقدم من خلاف هو فى الوصى المختار ، أما وصى القاضى فقد اتفقوا على أنه يقبل التخصيص .

الوصاية فى القانون

تعرض القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ لأحكام الوصاية فى الفصل الثانى من الباب الأول منه . وفيما يلى المواد المتعلقة بهذا الموضوع ، نجملها ، ثم نشرحها تفصيلا فيما بعد .

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى حـ ٣ ٣٦٨ طبع مطبعة جامعة دمشق تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

الفصل الثانى

فى الوصاية

أولا ـ فى تعيين الأوصياء

مادة ٢٧ ـ يجب أن يكون الوصى عدلا ،كفؤا ، ذا أهلية كاملة .

ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا .

(١) المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، او الماسة بالشرف ، أو النزاهة . ومع ذلك إذا إنقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز ، عند الضرورة ، التجاوز عن هذا الشرط .

(٢) من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى، قانونا، سلب ولايته على نفس القاصر لو انه كان فى ولايته .

(٣) من كان مشهورا بسوء السيرة ، أو لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

(٤) المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

(٥)من سبق أن سلبت ولايته ، أوعزل من الوصاية على قاصر آخر.

(٦) من قرر الأب، قبل وفاته، حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية، ترى المحكمة بعد تحقيقها، أنها تبرر ذلك ،ويثبت الحرمان بورقة رسمية ، أو عرفية ، مصدق على إمضاء الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

(٧) من كان بينه، هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه، وبين القاصر، نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر، أو عائلته، عداوة، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر.

ويجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر؛ فإن لم يكن، فمن أهل مذهبه، وإلا فمن أهل دينه.

مادة ٢٨ — يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر، أو للحمل المستكن، ويجوز ذلك، أيضا، للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة الثالثة

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية، أو عرفية مصدق على توقيع الأب، أو المتبرع، فيها، أو مكتوبة بخطه، وموقعة بإمضائه.

ويجوز للأب، والمتبرع بطريق الوصية، فى أى وقت، أن يعدلا عن اختيارهما. وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها.

مادة ٢٩ — إن لم يكن للقاصر، أو الحمل المستكن، وصى مختار، تعين المحكمة وصيا، ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود مالم تعين المحكمة غيره.

مادة ٣٠ — يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى. وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه، أو فى قرار لاحق. ومع ذلك لكل من الأوصياء، إتخاذ الإجراءات الضرورية، أو المستعجلة، أو المتمحضة، لنفع القاصر. وعند الاختلاف بين الأوصياء، يرفع الأمر إلى المحكمة، لتأمر بما يتبع.

مادة ٣١ — تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته، وذلك فى الأحوال الآتية: —

(ا) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى ، أو مع مصلحة قاصر آخر، مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر ، مع مصلحة الولى ، او زوجه ، أو أحد أصوله ، أو فروعه ، أو مع من يمثله الوصى .

(ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة، أو تعديله ، أو فسخه ، أو إبطاله، أو إلغاؤه، بين القاصر، وبين الوصى ، أو أحد المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(ه) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

(و) إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

مادة ٣٢ — تقيم المحكمة وصيا مؤقتا ، إذا حكم بوقف الولاية ، ولم يكن للقاصر ولى آخر . وكذلك إذا وقف الوصى ، أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته .

مادة ٣٣ — يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ، ولو لم يكن للقاصر مال .

مادة ٣٤ — تسرى على الوصى الخاص ، والوصى المؤقت ، ووصى الخصومة ، أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون ، مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم .

مادة ٣٥ — تنتهى مهمة الوصى الخاص . والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته ، أو المدة التى اقتضت بها تعيينه .

ثانياً — واجبات الأوصياء

مادة ٣٦ — يتسلم الوصى أموال القاصر ، ويقوم على رعايتها ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية مايطلب من الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدنى .

مادة ٣٧ — للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها. وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر.

مادة ٣٨ — لايجوز للوصى ، التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى ، أو عائلى، وبإذن من المحكمة .

مادة ٣٩ — لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة :

(أولا) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، أو التبعية ، أو نقله ، أو تغييره ، أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

(ثانيا) التصرف فى المنقولات ، أو الحقوق الشخصية ، أو الأوراق المالية ، فيما عدا مايدخل فى أعمال الإدارة .

(ثالثا) الصلح ، والتحكيم ، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

(رابعا) حوالة الحقوق ، والديون ، وقبول الحوالة .

(خامسا) استثمار الأموال ، وتصفيتها .

(سادسا) اقتراض المال ، وإقراضه .

(سابعا) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

(ثامنا) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

(تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرائها أو رفضها .

(عاشراً) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ .

(حادى عشر) الوفاء الاختيارى ، بالالتزامات التى تكون على التركة ، أو على القاصر .

(ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا مايكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

(ثالث عشر) التنازل عن الحقوق ، والدعاوى ، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

(رابع عشر) التنازل عن التأمينات ، وإضعافها .

(خامس عشر) — إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه ، أو لزوجه ، أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

(سادس عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر .

(سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

مادة ٤٠ - على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك . فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة ، والإجراءات واجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع

الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية ، تصدق المحكمة الابتدائية ، التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق ، الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١ — إذا رفعت دعوى على القاصر ، أو المحجور عليه . أو الغائب، من وارث آخر ، جاز للمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه ، أو بناء على طلب النيابة العامة، أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيما .

مادة ٤٢ — يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة ، بغير تأخر ، ما يرفع على القاصر من دعاوى ، وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣ — على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة ، أو أحد المصارف، حسبما تشير به المحكمة، كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة . والمبلغ الذي تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة .

مادة ٤٤ — على الوصى أن يودع، باسم القاصر، المصرف، الذى تشير به

المحكمة ، ماترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ، ومجوهرات ، ومصوغات وغيرها . وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها . وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة .

مادة ٤٥ — على الوصى أن يقدم حسابا مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى عن تقديم الحساب السنوى ، إذا كانت أموال القاصر لاتزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى، الذى يستبدل به غيره، أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته .

مادة ٤٦ — تكون الوصاية بغير أجر، إلا إذا رأت المحكمة، بناء على طلب الوصى ، أن تعين له أجرا . أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ثالثاً — فى انتهاء الوصاية

مادة ٤٧ — تنتهى مهمة الوصى :

١ — ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصايةعليه .

٢ — بعودة الولاية للولى .

٣ — بعزله ، أو قبول استقالته .

٤ — بفقد أهليته ، أو ثبوت غيبته ، أو موته ، أو موت القاصر .

مادة ٤٨ — إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه .

مادة ٤٩ — يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

١ — إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية ، وفقا للمادة ٢٧ . ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه .

٢ — إذا أساء الإدارة ، أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر .

مادة ٥٠ — على الوصى، خلال ثلاثين يوما التاليه لانتهاء الوصاية، أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثته ، أو إلى الولى ، أو الوصى، أو الوصي المؤقت ، على حسب الأحوال . وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور، صورة من الحساب، ومحضر تسليم الأموال .

مادة ٥١ — إذا مات الوصى ، أو حجر عليه ، أو اعتبر غائبا ، التزم ورثته ، أو من ينوب عنه ، على حسب الأحوال ، تسلم أموال القاصر وتقديم الحساب .

مادة ٥٢ — يكون قابلا للإبطال كل تعهد ، أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى . فمن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥

مادة ٥٣ — (١) كل دعوى للقاصر على وصيه ، أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية ، أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر رشيداً أو رفع الحجر، أو موت القاصر أو المحجور عليه .

(٢) ومع ذلك فإذا انتهت الوصاية ، أو القوامة بالعزل ، أو بالاستقالة، أو الموت ، فلا تبدأ مدة التقادم ، إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية والقوامة .

مادة ٥٤ — للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق . وله أن يسحب هذا الإذن ، او يحد منه بإشهاد آخر ، مع مراعاة المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات.

مادة ٥٥ — يجوز للمحكمة ، بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة، فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وإذا رفضت المحكمة الإذن ، فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ القرار النهائى بالرفض .

مادة ٥٦ — للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة . وله أن يقر ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأرض الزراعية، والمبانى، لمدة تزيد على سنة، ولا أن يفى الديون الأخرى، ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ ، أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة ، أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ، ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

مادة ٥٧ — لايجوز للقاصر، سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره ، وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيداً .

مادة ٥٨ — على المأذون فى الإدارة أن يقدم حسابا سنوياً ، يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى. وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة ، أو أحد المصارف. ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها .

مادة ٥٩ — إذا قصر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ماقضت به المادة

السابقة ، أو أساء التصرف فى إدارته ، أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الاذن ، أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

مادة ٦٠ — إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصر فى المهر ، والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو فى قرار لاحق .

مادة ٦١ — للقاصر أهلية التصرف ، فيما يسلم له ، أو يوضع تحت تصرفه عادة ، من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط .

مادة ٦٢ — للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى ، وفقا لأحكام القانون. وللمحكمة بناء على طلب الوصى ، أو ذى الشأن ، إنهاء العقد ، رعاية لمصلحة القاصر ، أو مستقبله ، أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

مادة ٦٣ — يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله ، من أجر أو غيره .

ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته ، أو صناعته .

ومع ذلك فللمحكمة ، إذا اقتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور . وعندئذ تجرى أحكام الولاية ، والوصاية .

مادة ٦٤ — يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه ، أو المحكمة ، أو نص القانون ، كامل الأهلية . فيما أذن له فيه ، وفى التقاضى فيه .

شرح القانون

أبانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧ الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وهى :

١ — العدالة بمعنى أن يكون أمينا غير فاسق .

٢ — الكفاءة بمعنى الرشدوالقدرة على التصرف بكفاءة وحسن إختيار

٣ — الأهلية الكاملة (البلوغ والعقل) .

٤ — أن يكون متحداً مع القاصر فى دينه ويفضل من يكون من أهل طائفته ثم من يكون من أهل مذهبه . والمراد بأهل الطوائف والمذاهب أصحاب الديانات الأخرى غير المسلمين (الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧)) .

ونصت الفقرة الثانية على أشخاص لايجوز أن يعينوا أوصياء ، وهم :

١ — من حكم عليهم فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو الماسة بالشرف ، أو النزاهة . ويشترط ، طبقا للقواعد العامة ، أن يكون الحكم نهائيا . فالحكم القابل للطعن عليه بإحدى طرق الطعن القانونية هو بمثابة إتهام لم يثبت بعد لجواز إلغائه أمام الدائرة التى ينظر أمامها الطعن القانونى المقدم من المحكوم عليه .

وأظهرت الفقرة المذكورة أن هذا المانع ليس أبديا ، بل يجوز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط ، إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لايحرم القاصر من تعيين وصى عليه تربطه وإياه روابط القربى فيحرم من العطف ومن البر أو من تعيين من يرعى مصالحه بعين الحب ، والرعاية .

٢ — المشهورون بسوء السيرة ، حيث تقوم شهرتهم مقام الحكم عليهم. وكذلك من لا وسائل مشروعة لديهم يتكسبون بها ... فهؤلاء جميعا لا يعينون أوصياء ، لعدم أمانتهم على القاصر نفسا ، ومالا . فمن اشتهر عنه أنه قواد ، أو سارق ، أو ديوس ، لا يعين وصيا ؛ لأن الوصاية أمانة . وهم فاقدون لها . ولم يجز القانون ، حتى عند الضرورة ، تعيين أحد من هذا الصنف وصيا على القاصر . بعكس الصنف الأول المحكوم عليهم فى جرائم مخلة بالآداب ، أو ماسة بالشرف ، حيث أباح ، عند الضرورة ، التجاوز عن هذا الشرط بقيود خاصة سبق بيانها . وذلك لأن من اشتهر بسوء السيرة أصبح فاقد الإحساس ، معدوم الضمير . متبلد الشعور ، فلا يرجى منه الخير للقاصر أبدا . أما من حكم عليه لجريمة خلقية ، ومضت على تنفيذ العقوبة عليه مدة خمس سنوات فأكثر دون أن يرتكب مثل هذه الجرائم ، فهذا دليل على توبته ، وابن آدم خطاء ، وسبيل التكفير عن الخطأ التوبة والإقلاع عن الذنب. أما من اشتهر بسوء السيرة فهو إنسان مستمر الخطأ وجرائمه متعددة وهو فى نظر القانون الأخلاقى صاحب جريمة مستمرة .

ومن يتعيش بوسائل غير مشروعة ، كالنصب ، والاحتيال ، والتستر على الجريمة ، وشهادة الزور وغير ذلك من الوسائل المحرمة شرعا وقانونا ، هو إنسان ، (وإن لم يدمغه القانون بحكم عليه) عديم المروءة لا يؤمن على النفس ، أو المال ، فلا كفاية لديه ، ولا عدالة عنده .

٣ — من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى ، قانونا ، سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته ، لأن سلب الولاية ، والعزل من الوصاية ، كان بناء على انتفاء الصلاحية . المبنية على العدالة والأمانة . وهذه الفقرة تحتم علينا الرجوع إلى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ حيث نصت المادة الثانية منه على الحالات التى تسلب فيها ولاية الولى على النفس

والقاعدة أن ما كان سببا لإسقاط الشيء الثابت يكون سببا لمنع ابتدائه

٤ — المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد إعتباره ؛ لعدم أمانته على المال ؛ لسوء تصرفه فى مال نفسه ، فلا يؤمن أن يسيء التصرف فى مال غيره ، فيكون تعيينه وصيا بمثابة تعريض لمال القاصر للخطر وقد قدمنا أن مثل هذه الحالة مما يجيز للمحكمة أن تسقط فيها الولاية عمن ثبتت له بالفعل ، فأولى أن تمنع إبتداء ثبوتها . وقد أطلقت المادة ، فقالت بمنع المحكوم بإفلاسه . ولم تقيد الحكم بكونه نهائيا . لكن الظاهر لى أن هذا الاطلاق تقيده القواعد العامة حيث لايعتبر الحكم حجة على من حكم عليه إلا إذا أصبح نهائيا . وإن كان من باب الاحتياط لمصلحة القاصر أن يكون الحكم بالافلاس ، ولو كان قابلا للطعن عليه يكون مانعا من تعيين المحكوم عليه وصيا ، حيث هو بمثابة قرينة على عدم صلاحيته ، لهذه المهمة ، وهى مهمة رعاية شئون القاصر وإدارة أمواله . وهذا المانع ليس أبديا . وقد أشارت لذلك المادة ٢٧ فقررت أنه يجوز أن يعين وصيا من سبق أن حكم بإفلاسه وحكم برد إعتباره . فالمنع موقوت بمدة هى مابين الحكم بالافلاس إلى الحكم برد الاعتبار فقط .

٥ — من سلبت ولايته ، أو عزل من الوصاية على قاصر آخر ؛ لأن سلب الولاية ؛ والعزل من الوصاية كان بناء على إنتفاء الصلاحية ، وهو أمر لايقبل التجزئة ، فالأثم فى هذه الناحية هو أثم فيما يماثلها ، ومثيل الشيء يعطى حكمه ، فمتى إنتفت صلاحية ولى للولاية ، أو وصى للوصاية بالنسبة لقاصر ، اعتبر فاقداللصلاحية للوصاية على قاصر آخر .

٦ — من قرر الأب ، قبل وفاته ، حرمانه من أن يكون وصيا على ولده القاصر أوعلى الحمل المستكن ، لأن الأب أعلم بمصالح أولاده ، وأدرى

بالإعتبارات الخاصة التي تبرر هذا الحرمان . وقد إشترط النص ، أن يكون الحرمان قد بنى على أسباب قوية ، ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك دفعا لإساءة إستعمال الحق كما اشترط أن يكون الحرمان ثابتا بأوراق رسمية ، أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه ، موقعة بإمضائه . والواضح من هذه القيود هو التأكد من أن الحرمان للشخص المطلوب منع تعيينه وصيا إنما هي رغبة الأب حقيقة ؛ دفعا لاستغلال اسم الأب في حرمان الأشخاص الأكفاء والصالحين للوصاية وللمحكمة ألا تعول على رغبة الأب إذا كانت مبينة على دوافع لايقصد منها مصلحة القاصر ، بل للانتقام الشخصي فقط : كذلك لايعتد بالأوراق العرفية المكتوبة كلها بخط الأب ، قبل وفاته ، إذا لم تكن مذيلة بتوقيعه . وهذا ماجرى عليه عمل المحاكم الآن .

٧ — الأشخاص الذين يوجد بينهم ، هم ، أو أحد أصولهم ، أو فروعهم أو زوجاتهم ، وبين القاصر نزاع قضائي . أو يكون بينهم وبين القاصر ، أو عائلته عداوة ويخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر . أما إذا كان لا يخشى على مصلحة القاصر من هذا النزاع القضائي ، أو العداوة فلا يكون ذلك كله مانعا من تولى الوصاية .

تنبيه :

الشروط السابق بيانها ، والواجب توافرها فيمن يعين وصيا على القاصر ، تسرى على الوصي المختار ، ووصي القاضي على السواء . فمتى انتفت كلها أو بعضها من الوصي ، انتفت أهليته لتولى الوصاية ابتداء وبقاء .

رأى الفقه الاسلامى

ماذكرته المادة السابعة والعشرون من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ بشأن الشروط الواجب توافرها فيمن يعين وصيا . لاتخرج فى جملتهـــا ، عن الشروط التى حددها الفقهاء فى الشخص ليكون أهلا للوصاية وصالحـــا للتصرف فى مال القاصر .

الوصى المختار :

أبانت المادة (٢٨) من القانون حق الأب فى أن يعين وصيا مختارا لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ، كما أباح النص للمتبرع بمال للقاصر طبقا لما هو مبين فى المادة الثالثة من القانون ، أن يختار وصيا من قبله يشرف على إدارة ماتبرع به من مال للقاصر . واشترط النص أن يكون الاختيار من الأب أو المتبرع ثابتا بورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على توقيع الأب عليها ، أو بورقة مكتوبة بخط الأب ، أو المتبرع بالمال للقاصر ، وموقعة بإمضائه حسما للنزاع الذى قد ينشأ حول إثبات هذا الاختيار .

العدول عن الاختيـار :

أجاز النص للأب ، وللمتبرع للصغير بمال، أن يعدلا عن اختيار هما فى أى وقت . ويتبع فى إثبات العدول عن إختيار الوصى ، ما أتبع فى إثبات إختياره للوصاية . من ضرورة أن يكون العدول عن إختيار الوصى ثابتا بورقةرسمية ، أو عرفيةمصدق فيها على توقيع الأب ، أو المتبرع . أو بورقه مكتوبة كلها بخط الأب أو المتبرع بالمال للقاصر ومذيلة بتوقيع كل منهما عليها.

رقابة المحكمة المختصـة :

وقررت المادة (٢٨) رقابة المحكمة على اختيار الوصى بمعرفة الأب

او المتبرع للقاصر بمال ، طبقا للمادة الثالثة من هذا القانون ، فنصت على أن الوصاية تعرض على المحكمة لتثبيتها . ومعنى هذا أن للمحكمة أن لا تحكم باقرار هذه الوصاية إذا رأت أن فى اقرار اختيار الوصى ضررا بالقاصر ولها أن تعين فى هذه الحالة وصيا آخر تتوافر فيه شروط الصلاحية للوصاية .

وصى القاضى :

تعرضت المادة (٢٩) لبيان القاعدة فى تعيين المحكمة للأوصياء بمعرفتها هى . فأبانت أن حق المحكمة فى تعيين الوصى من قبلها مشروط بأن لا يكون هناك للقاصر وصى مختار من قبل الأب أو من قبل المتبرع للقاصر بمال ، طبقا للمادة الثالثة . وكذا الأمر بالنسبة للحمل المستكن .

وأضافت المادة الى ذلك حكما يتعلق بطبيعه الوصاية على الحمل المستكن . وهل يستمر الوصى عليه وصيا بعد إنفصاله حيا ، أو يجدد تعيينه . فقضت بأن وصى الحمل المستكن يظل وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

تعدد الأوصياء :

بينت المادة (٣٠) جواز تعدد الأوصياء ؛ فللمحكمة أن تعين على القاصر أكثر من وصى . واشترطت أن يكون ذلك عند الضرورة . وجعلت الأصل فى هذه الحالة بالنسبة لتصرفات الأوصياء ، عند تعددهم ، هو عدم الانفراد بالتصرف ما لم تسند المحكمة لكل منهم تصرفا معينا ينفرد به سواء صدر من المحكمة هذا التخصيص فى قرار تعيينهم أوصياء ؛ أو فى قرار لاحق . أو استوجبت الضرورة أن ينفرد الأوصياء بالتصرف وذلك فى الحالات التى تتطلب إجراء سريعا كاتخاذ الإجراءات القضائية المستعجلة ، أو الطعن فى الأحكام قبل إنتهاء المدة المحددة لذلك ، وكذا الحالات المتمحضة لنفع الصغير . كقبول الهبة للقاصر غير المشروطة ، أو الوصية أو التبرع

للقاصر . . وأوجب النص على الأوصياء ، أن يرجعوا ـ عند اختلافهم ـ للمحكمة ؛ لتأمر بما يتبع » .

للأب أن يختار أكثر من وصى :

لم يضع القانون قيدا على حرية الأب فى اختيار الأوصياء على قاصره . والأمر فى تثبيت وصايته هو لمعرفة مدى تحقق مصلحة القاصر . والمرجع فى ذلك هو للمحكمة ، كما سبق بيانه . ويتبع فى حالة التعدد نص الوصية التى قررها الأب باعتبار أن الأصل فى تصرفات الأوصياء أن تكون مشتركة ، فرأى الجماعة خير من رأى الفرد ، إلا إذا خصص الأب كل وصى من أوصيائه بتصرف معين ينفرد هو به ، وإلا إذا اقتضت الضرورة الانفراد بالتصرف لتحقيق مصلحة للقاصر ، أو كانت المسائل التى تصرف فيها الوصى لاتحتاج إلى رأى ومشورة ؛ كشراء طعام للصبى وكسوة له .

رأى الفقه الاسلامى فيما ذكر

بمقارنة أحكام القانون فى رقابة المحكمة على اختيار الأب لوصيه ، وفى جواز عدوله عن هذا الاختيار . وفى تعدد الأوصياء ، والانفراد فى التصرف ، بما قرره الفقه الإسلامى فى الموضوعات سالفة الذكر ـ نجد القانون متفقا مع الشريعة فى ذلك ؛ قال[1] صاحب تحفة الفقهاء فى ذلك ما يأتى :

« ثم للقاضى أن يعزل وصى الميت إذا كان فاسقا ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف لايقدر على التصرف ، وحفظ التركة

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى حـ ٣ ص ٣٦٧ تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

بنفسه : فإن القاضى يضم إليه غيره ، ولايعزله ، لاعتماد الموصى عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما » .

وقال أيضاً : « ولو لم يعلم القاضى بأن للميت وصيا ، والوصى غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصى هو وصى الميت ، دون وصى القاضى ؛ لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضى عالما » .

وقال أيضاً صاحب تحفة الفقهاء :

« ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكا فى الوصاية، مالم ينص على عزل الأول وإخراجه ، وكذلك هذا من القاضى. ولو أنه أوصى إلى رجل بقضاء دينه ، وأوصى إلى آخر بأن يعتق عنه فهما وصيان فيهما جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وكذلك إذا أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقى إلى آخر . وكذلك لو أوصى بتقاضى الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ، وبحفظ المال إلى آخر . وكذا إن أوصى إلى إنسان للحال ، وإلى آخر إن قدم ، فإذا قدم فلان فهو وصى دون الأول — فهما وصيان فى ذلك كله عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد ؛ لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما متى ثبتت فى البعض تثبت فى الكل — وروى عن أبى حنيفة . . . وعند محمد كل واحد منهما وصى فيما جعل إليه » .

وقال أيضاً صاحب تحفة الفقهاء[1] :

« ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحدهما لاينفرد بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف ينفرد ، ثم إن عندهما

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى ﺣ ٣ ص ٣٦٩ ، ٣٧٠

ينفرد فى أشياء مخصوصة بأن يكون فى تأخير التصرف إلى حضرة صاحبه ضرر ، أولا يحتاج فيه إلى الرأى وذلك نحو شراء الكفن وجهاز الميت ... »

تصرفات الوصى

أولا : تصرفات الوصى فى نظر الشريعة

البيع والشراء

تختلف سلطة الوصى فى بيع شىء من تركة الموصى باختلاف حال التركة بالنسبة لخلوها من الديون ومن الوصية ، أو شغلها بهما أو بأحدهما . وكذلك بالنسبة لكبر الورثة وصغرهم . وبيان ذلك هو الآتى :

الحالة الأولى :

إذا كانت التركة غير مشغولة بدين ولا وصية ، والورثة كلهم صغار ؛ فللوصى أن يبيع المنقول بمثل القيمة ، أو بغبن يسير . وفسر بعض فقهاء الأحناف الغبن اليسير بأنه مالايدخل تحت تقويم المقومين . وحرية الوصى فى بيع المنقول غير مقيدة بالحاجة إلى بيعه ؛ فله أن يبيع المنقول سواء دعت الحاجة إلى بيعه أولا . وعلل فقهاء الحنفية لذلك بقولهم : إن حفظ ثمن المنقول أيسر من حفظ عينه وأبقى . أما إذا كان مال القاصر عقاراً فلايملك الوصى بيعه إلا للحاجة إلى بيعه كوفاء دين لا وفاء له إلا من ثمن بيع هذا العقار . فإذا دعت الضرورة إلى بيع العقار باعه كله ، أوحصة منه ، لسد ماعلى القاصر من دين . ومثل الفقهاء لحالة الضرورة التى تتيح للوصى بيع عقار القاصر ، بحالة ما إذا كان الميت قد أوصى وصية غير مقيدة بجزء من المال كالربع أو الثمن مثلا ؛ كأن قال : أوصيت بخسمائة جنيه من مالى لفلان . فى هذه الحالة للوصى أن يبيع من العقار ماينفذ به هذه

الوصية ان لم يستطع تنفيذها إلا ببيع العقار . كذلك قالوا :

«لو أن العقار قد آل للسقوط ، ولا يمكن إصلاحه ، أو كانت مؤونته وخراجه أكثر من غلته، أو وجدت ضرورة تدعو إلى قسمته، أو كان فى بيعه منفعة ظاهرة للصغير كأن يبيعه بضعف قيمته ؛ فى هذه الحالات يجوز للوصى بيع العقار بثمن المثل ، أو بغبن يسير؛ وقال متأخروا الأحناف: إنه بدون الحاجة الملحة إلى بيع عقار الصغير لايجوز للوصى بيعه، فإذا باعه بدون مسوغ لبيعه يحل بيعه ، ولا تلحقه الإجازة من الصغير بعد بلوغه .

قال صاحب رد المحتار على الدر المختار[1] : « وجاز بيعه عقار صغير من أجنبى ، لا من نفسه ، بضعف قيمته ، أو لنفقة الصغير ، أو دين الميت ، أو وصية مرسلة لانفاذ لها إلا منه ، أو لكون غلاته لا تزيد على مؤنته ، أو خوف خرابه، أو نقصانه ، أو كونه فى يد متغلب ، وهذا لو البائع وصيا لامن قبل أم أواخ فإنهما لا يملكان بيع العقار مطلقا ، ولاشراء غير طعام ، وكسوة »[2] — والفتوى الآن على هذا الرأى .

أما المتقدمون من مشايخ الأحناف فيجيزون للوصى ، إذا كانت التركة غير مشغولة بدين ، والورثة كلهم صغار ، أن يبيع كل شىء ، ويمسك ثمنه ويتصرف فيه سواء كان المبيع منقولا ، أم عقارا .

الحالة الثانية :

وإذا كان ورثة الميت كبارا وهم حضور : فليس للوصى ولاية بيع شىء ، إلا إذا كان فيه وصايا ولم ينفذها الورثة من مالهم ، فإنه يبيع التركة

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥

(٢) تحفه الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ ص ٣٧١ تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

كلها أو بعضها بمقدار ما ينفذ به الوصية . وللوصى ، فقط ، فى هذه الحالة، أن يقضى ديون الميت ، ويقبض حقوقه ، ثم يسلمها لورثته الكبار .

الحالة الثالثة :

أما إذا كان ورثة الميت كبارا ، وكانوا غيبا ؛ فيملك الوصى بيع المنقول لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار مطلقا . وقيل : إن خيف عليه الهلاك يجوز له بيعه وحفظ ثمنه .

مقدار الغيبة :

قال ابن عابدين فى حاشيته[1] : «الغيبة هنا تقدر بمسيرة ثلاثة أيام فصاعدا[1]» وقيل: تقدر الغيبة هنا بما تقدر به غيبة الولى الأقرب، الذى له ولاية التزويج. وفى ذلك أقوال، منها: أن يكون الوارث فى بلد لا تصل إليه القوافل إلا مرة واحدة فى السنة أو كانت المسافة بينه وبين الوصى كالمسافة بين بغداد والرى. أو كالمسافة بين الكوفة والرى .

الحالة الرابعة :

أما إذا كان الورثة بعضهم كبار وبعضهم صغار ؛ فقال أبو حنيفة : بجواز بيع الوصى التركة ســـواء منها العقار أو المنقول.. وقال الصاحبان : لا يصح فى حصة الكبار إلا إذا كانوا غيبا ؛ فيبيع من التركة حصتهم فى المنقول دون العقار[2]؛ قال ابن عابدين فى حاشيته : « وقولهما هو القياس. وبه نأخذ » .

---

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٢

(٢) ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٤ ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ ص ٣٧٢ تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

الحالة الخامسة :

أما إذا كانت التركة عليها ديون فلا يخلو الحال : إما أن تكون الديون مستغرقة لجميع التركة أو لا . ؟

(١) فإذا كانت الديون مستغرقة لجميع التركة، ولم تقض الورثة الديون من أموالهم فللوصى أن يبيع التركة كلها عقارا كانت أو منقولا بمثل القيمة ، أو بغبن يسير ويسدد الديون[1] وكذلك الحال لو كان فى التركة وصية ولم ينفذ الورثة الوصية من مالهم . وينفذ الوصى الوصية بمقدار الثلث .

(٢) إذا كانت الديون غير مستغرقة للتركة فبالاتفاق للوصى أن يبيع من التركة بمقدار ما يسدد به الديون إذا لم يقم بسدادها الورثة من مالهم . وكذلك الحال لو كان هناك وصية ولم تقم الورثة بتنفيذها من مالهم . وقال أبو حنيفة : للوصى أن يبيع ما زاد على الدين أيضا . وخالفه فى ذلك صاحباه . قال ابن عابدين فى حاشيته « قال فى أدب الأوصياء ، وبقولهما يفتى . كذا فى الحافظية والقنية وسائر الكتب ا . هو ومثله فى البزازية[2].

رقابة القاضى على تصرفات وصى الأب

وقال الأحناف : لو أن الوصى باع شيئا ، ثم طلبه شخص آخر بأزيد مما باع به ، سأل القاضى أهل الخبرة ، فإن قالوا : إن ما باع به الوصى هو قيمة مثل المبيع ، فلا يلتفت إلى الزيادة التى طلب أن يشترى بها الرجل الآخر ؛ لأنها قد تكون لحاجة الطالب إلى المبيع ، أو عرض الشراء بها بقصد النكاية بالوصى .

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ ص ٣٧٠، وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٤

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٤ . ويرجع فى تقدير الغيبة المنقطعة إلى ما كتبناه فى مؤلفنا « النكاح والقضايا المتعلقة به ص ٤٧٩ .

رأى أهل الخبرة :

أما إذا قرر أهل الخبرة أن الثمن الذى باع به الوصى أقل من ثمن المثل فعلى القاضى أن يرد البيع؛ ويبيعه لصاحب الزيادة إن بلغت قيمة المثل، وكذا لو كان فى المزايدة يشترى بأكثر، وفى السوق بأقل.

وقال الأحناف : إن تصرفات الوصى منوطة بمصلحة القاصر . ولهذا لا بد أن يكون الأجل (فى حالة بيع الوصى بثمن مؤجل) معلوما ، وغير طويل ، وأن يكون المشترى قادرا على الأداء ولا يخشى منه الإنكار أو الامتناع . قال صاحب رد المحتار[١] « باع مال اليتيم أو ضيعته ، والمشترى مفلس يؤجل ثلاثة أيام فإن نفذ وإلا فسخ ، فإن أنكر الشراء ، وقد قبض يرفع الأمر للحاكم فيقول : إن كان بينكما بيع فقد فسخته » .

مدى سلطة القاضى فى تخصيص وصى الأب بعمل معين :

قال الأحناف : وصى الأب لا يملك القاضى تخصيصه بعمل معين، بل يكون وصيا فى جميع الأشياء، لقيامه مقامه وإن تعدد الأوصياء . جاء فى حيل التتارخانية : « جعل رجلا وصيا فيما له بالكوفة ، وآخر فيما له بالشام ، وآخر فيما له بالبصرة . فعنده كلهم أوصياء فى الجميع ، ولا تقبل الوصاية التخصيص بنوع ، أو مكان ، أو زمان ، بل تعم . وعلى قول أبى يوسف : كل وصى فيما أوصى إليه ، وقول محمد مضطرب[٢] . وهناك قول يفيد أن الأب لو شرط ألا يكون كل وصى وصيا فيما أوصى به إلى الآخر ، فكما شرط. وإلا فعلى الاختلاف.

وصى الخصومة :

للقاضى أن ينصب وصيا يتولى سدادما على الميت من ديون ، أو قبض

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٠٢ ، ص ٥٠٣

(٢) المصدر السابق .

ما له من ديون ، أو لتنفيذ . وصيته ؛ ليكون خصما فى الإثبات ، والدفع، والقبض .

وقال الأحناف : إن للقاضى أن ينصب وصيا فى حالة ما إذا اشترى الأب من طفله شيئا فوجده معيبا ، ليتولى رده عليه، فهو وصى فى خصوص الرد لا مطلقا ؛ لأن الولاية فى غير هذه الحالة من الأمور ، للأب ، وكذلك للقاضى أن يعين وصيا لإثبات حق صغير ، أبوه غائب غيبة منقطعة. وكذلك لو ادعى شخص دينا على الميت والورثة كبار غيب فى بلد منقطع عن بلد المتوفى لا تأتى ، ولا تذهب إليه، القوافل . وكذلك فى حالة ما إذا استحق المبيع ؛ فأراد المشترى أن يرجع بثمنه وقد مات بائعه، ولا وارث له، ينصب عنه القاضى وصيا ليرجع المشترى عليه . وكذلك للقاضى أن ينصب وصيا ، ليرجع عليه المشترى فى حالة ما إذا اشترى رجلا على أنه رقيق ، فإذا هو حر، وقد مات بائعه ، ولم يترك شيئا ، ولا وارثا ، ولا وصيا ، ليرجع عليه المشترى ، ويرجع هو على بائع الميت . وكذلك ينصب وصى خصومة للمدعى عليه ، الأصم ، والأخرس ، والأعمى، الذى لا ولى له . وكذلك لو مات الوصى ولا ورثة له ولا وصى يطالبون فيما باع من مال الصغير . فللقاضى نصب وصى للمطالبة . وكذلك لو أسلمت زوجة المجنون الكافر ، ولا أب له ولا أم ، ينصب عنه القاضى وصيا يقضى عليه بالفرقة . وكذلك المفقود ينصب عنه القاضى وصيا .

رقابة القاضى على وصاية الأب

قلنا إن الأحناف يرون أن للقاضى أن يلغى وصايه الميت، إذا كانت غير مستوفية للشروط الواجب توافرها شرعا فى الوصى، والموصى إليه . وقالوا تفريعا على ذلك : لو أن الأب أوصى إلى صبى، أو عبد غيره ، أو إلى كافر، أو فاسق بدلهم القاضى[1] بغيرهم .

[1] حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٥٠٢

الفرق بين وصى الأب ووصى القاضى

قال فقهاء الأحناف فى بيان الفرق بين وصى الأب ووصى القاضى ما يأتى : ليس لوصى القاضى شراء مال اليتيم لنفسه أولمن لا تقبل له شهادته ولا بيعه مال نفسه له، وبيع مال من لا تقبل شهادته للقاصر مطلقا ، بخلاف وصى الأب فيجوز له ذلك يشرط ألا يكون فى هذا البيع أوالشراء منفعة ظاهرة لليتيم . ولو اشترى هذا الوصى من القاضى ، أو باع جاز .

كذلك وصى الخصومة إذا لم يكن القاضى أذن له وقت تعيينه وصيا بالخصومة ليس له أن يقبض العقار الذى عين للمخاصمة عن الصغير بخصوصه إلا بأذن مبتدأ من القاضى بعد الإيصاء . بخلاف وصى الميت ، فإنه يملكه بلا إذن ؛ لأن الأب جعله خلفا عن نفسه ، فكان رأيه باقيا ببقاء خلفه ، ولو كان خلفه باقيا حقيقة ، لم يكن للقاضى التصرف فى ماله فكذا إذا كان باقيا حكما .

* — كذلك ليس لوصى القاضى أن يؤجر الصغير لعمل ما . وقيل يجوز أن يسلمه فى حرفة . وفى أدب الأوصياء : الوصى أن يؤجر نفس اليتيم ، وعقاراته ، وسائر أمواله ، ولو بيسير الغبن ، وإذا لم يكن أبوه حائكا ، أوحجاما لم يكن لمن يعوله أن يسلمه إلى الحائك ، أوالحجام لأنه يعير بذلك ، ومفاد ذلك أن وصى الأب يملك أن يؤجر الصغير لعمل ما بخلاف وصى القاضى — وذلك مالم يلحق الصغير العار من العمل الذى يؤجره فيه وصى الأب .

* — ليس لوصى القاضى أن يختار وصيا عند موته فإذا إختار وصيا فلا يصير الثانى وصيا بخلاف وصى الميت .

* — وصى القاضى يملك القاضى تخصيصه ؛ لأن نصب القاضى إياه قضاء، والقضاء قابل للتخصيص. ووصى الأب لا يملك القاضى تخصيصه، بل يكون وصيا فى جميع الأشياء لقيامه مقام الأب . وللقاضى عزل وصيه ولو عدلا . أما وصى الأب العدل الكفء فلا يملك القاضى عزله .

اقتراض الوصى من مال الصغير

قال الأحناف : ليس للوصى المختار أن يستقرض ، مال الصغير ، وقد نقل عن الإمام محمد ، رضى الله عنه... حكى ذلك عن أبى حنيفة رضى الله عنه. ثم قال : أما أنا فلا أرى به بأساً إن فعل ذلك وله وفاء بما استقرض.. وقال الأحناف : بعدم جواز إقراض الوصى مال الصغير للغير، ولو فعل ضمن . كما قالوا : بعدم جواز أن يقضى الوصى دينه بمال القاصر . أما وصى القاضى فليس له الإقراض ، ولا الاستقراض .

شهادة الوصى

شهادة الوصى للصغير بدين على الميت أو على غيره لا تقبل . وشهادته للابن الكبير بدين على غير الميت تقبل ، وعلى الميت لا تقبل عند الإمام وعند الصاحبين تجوز الشهادة للكبير فيما تركه الميت وغيره(١) .

قسمة مال الصغير

يملك الأب بيع ملك أحد طفليه للآخر. بخلاف الوصى ، كما يملك الأب قسمة مال مشترك بينه وبين الصغير . ولا يملك الوصى قسمة مال مشترك بينه وبين الصغير إلا إذا كان للصغير فيه نفع ظاهر عند الإمام . وقيل لا يجوز إطلاقا .

الوكالة والدعوى

يجوز للوصى أن يوكل فى كل ما يجوز له أن يعمله بنفسه فى أمور الميت والورثة ، وينعزل الوكيل إذا بلغ القاصر قبل أن يباشر العمل كما ينعزل بموت الصغير . والوصى خصم فى إثبات النسب على المورث ، وفى إثبات

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٥٠٤

الدين عليه ، وفى إثبات الوصية ، وفى إثبات ديون الميت على الآخرين ، وقبضها . والوصى خصم فيما يدعى على الصغير من حق فى حق أقامة البينة لا فى حق الاستحلاف، ولا يستحلف عند العجز عن الإثبات .

إقرار الوصى وصلحه ، وإبراؤه

إقرار الوصى ، غير الوارث ، على الميت بالدين لا يصح ، وكذا إقراره بالعين أو بالوصية . لكنه إذا أقر باستيفاء الميت دينه ، لم يكن له أن يقاضى المدين . ويقام وصى آخر للخصومة فى هذا الدين. فإن كان الوصى وارثاً صح إقراره فى نصيبه اعتباراً بالوراثة ، فيستوفى منه . وإن شهد معه شاهد آخر بما أقر به صح إقراره فى الكل اعتباراً للشهادة .

وقال الأحناف: بعدم جواز مصالحة الوصى الغريم عن حق الميت بأقل من الحق إن كان مقراً به ، أو كان الغريم مقضياً عليه بالحق، أو كان للوصى الميت بينة عادلة على هذا الحق . أما إذا لم يكن هناك شىء من ذلك فيصح الصلح ؛ لأنه تحصيل لبعض الدين بقدر الإمكان ، وفيه مصلحة للصغير .

وقال الأحناف : بجواز مصالحة الوصى للغريم على حقه عند الميت على الأقل من حقه إذا كانت للغريم بينة عادلة، أو كان الحق مقضياً به. أما إذا لم تكن له بينة، أو لم يكن الحق مقضياً به، فلا يجوز الصلح كما قال الأحناف أيضاً بجواز الصلح بيسير الغبن؛ لأنه فى معنى البيع ، فيحتمل ما يتغابن الناس فيه، سواء كان الدين بعقد الوصى، أو بعقد غيره . وقال الأحناف : إذا أبرأ الوصى المديون ، أو أجل دينه ، أو حط عنه شيئاً ، فإن كان الدين وجب بعقده هو صح ذلك عند الإمام ، وضمن الضائع للورثة ، وقال أبو يوسف يبطل . أما إذا كان الدين وجب بعقد غيره ، فلا يصح الصلح بالاتفاق .

رهن الوصي مال الصغير :

قال الأحناف بعدم جواز رهن الوصي ماله للصغير بدين عليه للصغير. وكذا رهنه مال الصغير من نفسه، وقال أبو حنيفة ومحمد بجواز رهن الوصي مال الصغير بدين نفسه عند الأجنبي لأنه بوصفه وصياً يملك الإيداع ، والرهن من قبيل الإيداع؛ لأن المرتهن يحفظ الرهن أبلغ حفظ مخافة الغرامة، ولو هلك هلك مضمونا، ويصير المرتهن مستوفيا دينه، ويصير الوصي موفياً دينه ويضمن للقاصر لأنه قضى دينه من ماله .ويدفع قيمة الرهن إن كانت أقل من الدين أو مساوية، وقيمة الدين فقط إن كانت قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين لأن مازاد على الدين كان مودعاً لدى المرتهن، والوصي له ولاية الإيداع فهلاكه غير مضمون حيث لا تعدى . وقال أبو يوسف لا يجوز .

الهبة والتبرع :

وقال الأحناف : ليس للوصي أن يتبرع بشيء من مال القاصر لأحد . ولا أن يهب شيئاً منه بغير عوض . أما هبته في مقابل عوض فقال بعدم جوازها أبو حنيفة وأبو يوسف؛ لأن العوض لا يخرج الهبة عن أن تكون تبرعاً ابتداء والوصي لا يملكه . وقال محمد . تجوز الهبة بالعوض لأنها معاوضة إنتهاء ، فكانت كالبيع ،والوصي يملك البيع كما سبق بيانه .

عمـــل الوصي في مال القاصر لحسابه وحساب القاصر :

كقاعدة عامة : للوصي أن يعمل في مال القاصر كل مايعود على القاصر بالخير والمصلحة . ولهذا فله أن يضارب في مال الصغير بنفسه ؛ وأن يدفعه إلى آخر مضاربة .وله أن يتجر فيه ويشارك وأن يدفعه إلى غيره للبضاعة ،

والتجارة، والشركة[١]. وعلى الوصى إذا عمل بنفسه فى مال القاصر، مضاربة، أن يشهد عند بدء عمله أنه يعمل على أن له فى الربح نسبة كذا، فإن ضارب فى مال القاصر ولم يشهد عند العقد أن له نصيباً فى الربح ، ثم ادعى أن له نصيباً فى الربح لا يصدق فى ذلك ، حيث لا بينة له على ما يدعيه ، ويكون الربح كله للقاصر ؛ لأنه من توابع ماله . وكذلك على الوصى إذا شارك القاصر أن يشهد عند العقد، وأن يبين على أى أساس شاركه ، ويحدد نسبة الربح التى يشترطها لنفسه، فإذا لم يشهد ، فالربح الناتج عن الشركة يكون بينه وبين القاصر بنسبة رأس مالهما . وفى المذهب رأى يقول : إنه لفساد الزمن لا يجوز للوصى أن يأخذ مال القاصر مضاربة ، أو للتجارة . واختلف الأحناف فى أخذ الوصى أرض الصغير مزارعة؛ فجوزه بعضهم مطلقاً. وفصل البعض الآخر ؛ فقال : إن كان البذر من الوصى جاز ، وإن كان من الصغير لا يجوز وقال بعض آخر منهم : إن كان ما يصيب الصغير من الربح المشروط له فى المزارعة واضح فيه مصلحة الصغير ، وأنه خير له من أجر مثل الأرض وضمان نقص المزارعة، وضمان البذر — جازت المزارعة وإلا فلا . ولا يتجر الوصى فى مال اليتيم لنفسه ؛ فإن فعل تصدق بالربح عند أبى حنيفه ومحمد ،

---

(١) المضاربة : هى دفع المال إلى غيره ، ليتصرف فيه ، ويكون الربح بينهما على ما شرطا ؛ فيكون الربح لرب المال بسبب ماله ، لأنه نماء ماله ؛ وللمضارب باعتبار عمله الذى هو سبب وجود الربح .

والبضاعة : إعطاء شخص ماله لآخر ليعمل له فيه على أن يكون الربح، كله لرب المال . أما المزارعة : فهى عبارة عن عقد على الزراعة ببعض الخارج ، وهو إجارة الأرض ،أو العامل ببعض الخارج . وأما إجارة الأرض بالدراهم والدنانير فى الذمة ، أو إجارة العامل بالدراهم ، والدنانير فى الذمة ، أو إجارتها بأجرة معينة ، فلا تكون عقد مزارعة بل هى إجارة . . والمعاملة هى إجارة العامل ، ليعمل فى كرمه وأشجاره ، من السقى والحفظ ، ببعض الخارج .

(٢) ابن عابدين جـ٥ ص ٤٩٥ .

وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء . ويجوز أن يتجر بمال اليتيم لليتيم[٢]

تصرفات الوصي في القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢

تعرض القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لتصرفات الوصي وأعماله، ووضع لبيان ذلك كله المواد من ٣٦ إلى ٤٣ فنصت المادة (٣٦) على أن الوصي يتسلم أموال القاصر، ويقوم على رعايتها . وعليه ان يبذل في ذلك كل جهد ووسع كما يفعل الوكيل بالأجر. وأحالت المادة المذكورة في بيان الجهد الواجب أن يبذله الوصي بالنسبة لرعاية أموال القاصر إلى القانون المدني فيما يختص بالوكيل بالأجر . ولهذا إذا حصل خلاف بين القاصر وبين الوصي في مسألة تختص برعاية الوصي لأموال القاصر، فالمرجع في تحديد مسئوليته فيما ينسب إليه من تفريط وتقصير وإهمال ، هو القانون المدني فيما يختص بما يطلبه القانون المدني من الوكيل بالأجر من مجهود يجب أن يبذله فيما يعهد إليه به موكله من أعمال . . . فقد ألحقت المادة ٣٣٦ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الوصي بالوكيل بالأجر في هذا الأمر .

أما المادة (٣٧) فقد جعلت للمحكمة الحق في إلزام الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها في الحالات التي ترى المحكمة داعياً لتقديم هذه التأمينات فيها وفقاً للظروف ، وفي ضوء ضخامة المصالح التي يقوم بها الوصي ، وتبعاً لدرجة الثقة بالوصي وائتمانه . ومصاريف تقديم هذه التأمينات تكون على حساب القاصر؛ لأنها عملت لصالحه، وضماناً لعدم ضياع أمواله، والغنم بالغرم.

أما المواد ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ فقد قسمت تصرفات الوصي إلى ما يأتي :

أولا — تصرفات غير جائزة . وهي التبرع بمال الصغير ، أو التنازل عنها فقد نصت المادة (٣٨) على أنه لا يجوز للوصي أن يتبرع بمال القاصر.

---

(٣) ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩٥ .

واستثنت من ذلك المنع حالة التبرع لأداء واجب إنسانى ، أو عائلى . واشترطت لجواز التبرع، فى هذه الحالة الاستثنائية ، أن يكون بإذن من المحكمة المختصة ، وتحت رقابتها . منعاً للتلاعب بأموال القاصر وتأميناً لها من الضياع . وموقف الوصى فى هذه المسألة مساو تماماً لموقف الولى فى نظر القانون (تراجع المادة الخامسة من القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢) .

والقانون قد وافق الشريعة الإسلامية فى مسأله منع الوصى من التبرع بمال القاصر ، والتنازل عنها ، سدا لباب الحيل والتلاعب فى أموال القصر . وحرصاً على مصلحة الصغار . لكن الشريعة الإسلامية كانت أدق من القانون فى هذا السبيل ؛ فقد أوصدت باب التبرع بمال الصغار نهائياً وسوت فى ذلك بين الأولياء، آباء كانوا أو غير آباء، وبين الأوصياء لكن القانون أجاز التبرع فى حالات خاصة بشرط أن توافق عليه المحكمة وتأذن به ليكون فى ذلك ضمان وثيق يكفل استعمال هذا الترخيص فى حدود الضرورة، وبغير إسراف .

ثانياً — تصرفات موقوفة على إذن المحكمة بها : وهى التصرفات التى حددتها المادة (٣٩) من القانون وهى :

١ — جميع التصرفات فى العقار التى يكون من شأنها إنشاء حق من من الحقوق العينية ، العقارية، الأصلية أو التبعية، أو نقل حق من الحقوق، أو تغيير حق من الحقوق أو زواله ، كالبيع ، والرهن ، والهبة . وكذلك جميع التصرفات التى تقرر حقاً من الحقوق العينية المذكورة كالقسمة، والصلح.

٢ — التصرف فى المنقولات ، أو الحقوق الشخصيه ، أو الأوراق المالية . إلا إذا كان التصرف لا يمس رأس المال ولا يخرج جزء منه عن الذمة ولا يرتب ، حقاً عليه، فإنه يعتبر من أعمال الإدارة، ولا يحتاج إلى إذن المحكمه ؛ كجمع المحصولات، أو بيع نتاج المواشى؛ فهذه تصرفات لا تتوقف على إذن من المحكمه .

ونص القانون على أن إجارة أراضى الصغير الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو المبانى المملوكة له لمدة أكثر من سنة لا يجوز إلا بإذن من المحكمة . وكذلك لايجوز إلا بإذن المحكمة؛ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

ثالثاً — كذلك استثنى القانون من أعمال الإدارة التى يجوز للوصى أن يباشرها دون حاجة إلى استئذان المحكمة ؛ الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه حيث نص القانون على عدم جوازهما إلا بعد استئذان المحكمة ؛ لأن الصلح فى الغالب يكون فيه تنازل عن حق ثابت ، أو فى حكم الثابت ، فلكى يطمئن المشرع على أن حق القاصر لن يضيع نص على استثناء الصلح وماهو فى معناه، وهو التحكيم؛ من الأعمال التى يجوز للوصى مباشرتها، وجعل جواز مباشرته لها موقوفا على إذن المحكمة له بذلك . وهذا فى الصلح أو التحكيم فى الأشياء التى تبلغ قيمتها مائة جنيه فصاعداً .

رابعاً — حوالة الحقوق ، والديون التى للقاصر على غير من عليه تلك الحقوق أو الديون . وقبول الحوالة بحق أو دين لشخص على آخر على القاصر ؛ لاختلاف الدائنين فى المطالبة بديونهم واختلاف المدينين فى الوفاء بما عليهم .

خامساً — استثمار الأموال ، وتصفيتها . فلا يجوز للوصى أن يدفع مال القاصر لتاجر أو مؤسسة تجارية بقصد الاتجار به ، أو لاستغلاله فى مشروع معين ، إلا إذا أذنت له المحكمة فى ذلك . كذلك لايجوز للوصى ، أن يشترى أسهما ، أو سندات، لحساب القاصر تدر ربحا ثابتا معينا وبضمان الدولة ، أو المؤسسة ، إلا بإذن من المحكمة المختصة. والحكمة من هذا الحظر هو الاحتياط والحرص على مال القاصر ؛ فالأمور المذكورة تحتاج إلى براعة ، ودقة ، وفهم للأمور التجارية ، وطرق استغلال الأموال .

فأسعار السوق ، والأوراق المالية تخضع للعوامل الاقتصادية ، والسياسية . فكان لابد من أخذ رأى المحكمة المختصة قبل الإقدام على مثل هذه الأمور؛ ضمانا لمال القاصر ، وحفظا له من الضياع .

سادساً — اقتراض المال ، وإقراضه ؛ لأن الاقتراض غالبا ما يؤدى إلى ترتيب مسئوليات على عاتق المقترض ، قد ينوء بها كاهله ، ولا يستطيع الوفاء بها . وفى ذلك تعريض لمال القاصر للضياع فكان من الحكمة غل يد الوصى عن التصرف المذكور إلا بإذن المحكمة .

سابعاً — قبول التبرعات المقترنة بشرط ،أو رفضها ؛ لأنه قد يؤدى إلى تبعات تنعدم معها المصلحة للصغير فى هذا التصرف . فغلت يد الوصى عن مثل هذا التصرف حتى يعرضه على المحكمة؛ لتتثبت من أن فى هذا التصرف مصلحة الصغير غالبة وراجحة أم لا .

ثامناً — كذلك منع القانون فى المادة ٣٩ الوصى أن ينفق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ وذلك منعا للتلاعب بمال القاصر ، وتعريضه للضياع ؛ لأن من تجب له النفقة ، أو تجب عليه النفقة من الأمور التى لا يعرفها إلا الخواص لا كل الناس .

تاسعاً — الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على مال القاصر ، فمثلا لو أن التركة عليها ديون لم يحكم بوجوب سدادها ، بل كان سندها أوراقا عرفية ؛ فالوصى لا يجوز له ، بدون إذن المحكمة ، أن يسدد هذه الديون . وهو مسئول لو سددها دون إذن من المحكمة ، وتبين عدم صحتها ، أو أن التركة غير محملة بها . وحكمة الشارع واضحة فى هذا الحظر ؛ إذ ربما يكون سند المديونية مزوراً ، أو لا أساس له ، والذى يدرك ذلك كله بطريق لا شك فيه هو المحكمة المختصة: فلها من وسائل الإدراك والمعرفة ما لا يتيسر للوصى فى غالب الأحيان .

عاشراً — إقامة الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير إقامته ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

والحكمة من هذا الحظر — هى تجنب الصغير أن يتكبد نفقات التقاضى وأن نبعد ماله عن المخاطرة به فى رفع دعاوى قد لا تكون أسباب كسبها والنجاح فيها متيقنة ، بل ربما انقلب الأمر فيها إلى إلزام الصغير بأمور كان من الممكن تجنبها لو لم ترفع هذه الدعاوى .

حادى عشر — التنازل عن الحقوق والدعاوى ، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية . كالمعارضة ، والاستئناف فى الأحكام التى تقبل هذه الطعون ، أو التنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية عن هذه الأحكام ؛ كرفع دعوى جديدة يكون الحكم بالطلبات الوردة فيها إلغاء لحكم نهائى سابق . وغرض المشرع من هذا الحظر واضح ، فالتنازل عن الحقوق إضاعة لها ، وإهدار للمصالح التى قد تترتب على التمسك بها ، كذلك الأمر فيما يتعلق بالتنازل عن الدعاوى . أو قبول الأحكام القابلة للطعن عليها بإحدى طرق الطعن العادية هو تسليم بما تضمنته هذه الأحكام. وفى هذا شبهة تنازل عن حقوق الصغير ، وإلزام له بما كان يمكن ألا يلتزمه لو طعن فى هذه الأحكام ؛ إذ ربما أنتج الطعن فيها الأخذ بوجهة نظر الدفاع عن القاصر ، ولهذا جعل المشرع الطعن فى الأحكام طريقا إلى إزالة ما غطى وجه الحقيقة أمام القاضى فى المرحلة الأولى للتقاضى . فالتسليم بالحكم القابل للطعن عليه قانونا هو إلزام للقاصر بما كان فى الإمكان عدم إلزامه به ، وهو أمر يدعو إلى الريبة والشك ... فنص المشرع على ضرورة إذن المحكمة المختصة ليكون هذا التصرف صحيحاً . وكذلك يقال : فيما يختص بالتنازل عن حق الطعن ، أو عن الطعون بعد رفعها .

ثانى عشر — التنازل عن التأمينات ، أو إضعافها . والغرض من هذا الحظر هو حماية القاصر من تلاعب الوصى بماله . فإذا كان القاصر مؤمنا

على عقاراته ، أو على حياته . فلا يجوز للوصى أن يتنازل عن هذه التأمينات ، أو أن يقلل منها إلا بإذن المحكمة ، لأن ذلك ينطوى على تفويت مصلحة للصغير . فينبغى التثبت من جدية الأسباب التى تدعو إلى التنازل عن هذه الحقوق .

ثالث عشر — لايجوز، إلا بإذن المحكمة، إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه ، أو لزوجته ، أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه . وغرض المشرع من هذا الحظر هو إبعاد الوصى عن كل ريبة ، أو شك، فى تصرفه ، وإيجاد الضمان الكافى لرعاية مصلحة القاصر .

رابع عشر — كذلك لايجوز إلا بإذن المحكمة : الإنفاق على تزويج القاصر، وذلك للتأكد من أن هذا الإنفاق طبقاً للأوضاع المتعارف عليها ، ومنعاً للإسراف ، والتبذير فى مال القاصر .

خامس عشر — كذلك لايجوز، إلا بإذن المحكمة، تعليم القاصر بمصروفات ما دام هناك تعليم عام بالمجان ويمكن للقاصر أن يتعلم فيه . أو أن ينفق على شراء أدوات،وأشياء تلزم القاصر لكى يباشر مهنة معينة . وغرض الشارع من هذا الحظر هو التأكد من أن التعليم الذى سيوجه إليه القاصر متفق مع ميوله ورغباته،وأن القصد هو التعليم ، لا إنفاق مال القاصر فقط . وكذلك الأمر فيما يختص بتوجيهه إلى حرفة معينة .

إذن المحكمة يرفع بطلان التصرف

واضح من نص المادة أن التصرف لاينعقد فيما نصت عليه المادة من تصرفات عينتها وحددتها إلا إذا صدر بها إذن من المحكمة المختصة ، وأن يسبق الإذن الشروع فى التصرف المذكور . ومفاد ذلك أن الوصى لو باشر شيئاً من هذه التصرفات قبل صدور إذن من المحكمة ، فلا يعتبر ما حدث

منه ملزماً للقاصر مطلقاً، بحيث لو رفضت المحكمة أن تأذن للوصى، وكان قد تصرف فعلا، كانت مسئولية هذا التصرف راجعة إليه هو، ولا شأن للقاصر به مطلقاً . لكن لو أذنت المحكمة ووافقت على ما أجراه الوصى من تصرف مندرج ضمن التصرفات المحددة فى المادة المذكورة كان هذا الإذن مصححا للإجراء .

قسمة المال المشترك

القسمة الرضائية

قسمة المال المشترك ، بين القاصر وغيره ، إما أن تكون بالتراضى ، أو بطريق التقاضى ؛ فإذا كانت بطريق التراضى فقد حظرت المادة (٤٠) على الوصى أن يباشرها إلا إذا استأذن المحكمة فى ذلك . وحظرت عليه أن يباشرها أيضاً إلا طبقاً للقواعد والأسس التى تضعها له المحكمة ، وألزمت الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وأعطت المادة المذكورة المحكمة الحق فى أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

القسمة القضائية

إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، نظراً لاختلاف الجودة والرداء فى المال ، أو لأى سبب آخر من الأسباب ، ولجأ الخصوم للقسمة القضائية . فبينت المادة (٤٠) أن المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة ، هى التى تصدق على قسمة الأموال إلى حصص . ولها، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ومناقشتهم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

وقف القسمة

أجازت المادة (٤١) للمحكمة أن تأمر بوقف القسمة — سواء أكانت قضائية أم رضائية مدة لا تتجاوز خمس سنوات ، إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما ، وذلك فى حالة ما إذا رفعت على القاصر دعوى من وارث آخر وطلبت النيابة العامة أو من ينوب عن القاصر وقف القسمة وثبت أن فى التعجيل بها ضررا جسيما . ومعنى ذلك أنه يشترط لوقف القسمة أن يتحقق ما يأتى :

١ — أن يطلب ذلك من ينوب عن القاصر ومن فى حكمه ، أو تطلب النيابة العامة وقف القسمة .

٢ — أن يتحقق لدى المحكمة جدية الطلب بأن كان فى التعجيل بها إحداث ضرر، وأن يكون الضرر جسيما .

ولا يجوز للمحكمة أن توقف القسمة لمدة تزيد على خمس سنوات ، وإلا كان قرارها واجب الإلغاء لمخالفته القانون . كما أن للمحكمة أن ترفض طلب وقف القسمة حتى ولو استوفى الطلب شروطه السابق بيانها ؛ إذ النص ليس آمرا بل هو نص مجيز فقط — ولكن عمل المحاكم وقضاء جميع الدوائر استقر على وقف القسمة إذا تحقق لدى المحكمة أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

القسم الثالث من أقسام تصرفات الوصى — تصرفات جائزة دون توقف على إذن المحكمة وهى :

أولا — الأعمال التى تجرى على المنقولات أو فى الحقوق الشخصية ، أو الأوراق المالية إذا كانت هذه الأعمال تعتبر، عرفا ، من أعمال الإدارة ،

كبيع المحصولات الزراعية . أو المنتجات الصناعية ، أو تخزينها ، وإقامة الحراس لحراستها إلى آخر هـــذه الأمور الإدارية . (الفقرة الثانية من المـادة ٣٩) .

ثانيا ــ الصلح والتحكيم فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (الفقرة الثالثة من المـادة ٣٩) .

ثالثا ــ إيجار عقار القاصر لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، ولمدة لاتزيد عن سنة فى المبانى على ألا تمتد المدة إلى مابعد بلوغ القاصر سن الرشد (الفقرتين السابعة ، والثامنة من المادة (٣٩) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢) .

رابعا ــ الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ . (الفقرة العاشرة من المادة ٣٩) .

خامسا ــ الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة ، أو على القاصر بناء على حكم نهائى، أو بناء على سند رسمى واجب النفاذ (الفقرة الحادية عشرة من المـادة ٣٩) .

سادسا ــ رفع الدعاوى التى يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر ، أو ضياع حق له ؛ كالدعاوى المستعجلة ، أو الدعاوى التى حـــدد القانون لرفعها مواعيد قصيرة ؛ كدعاوى الحيازة ، والشفعة ، وغيرها متى توفر الداعى إلى الإسراع فى رفعها (الفقرة الثانية عشر من المادة ٣٩) .

سابعا ــ قبول التبرعات غير المقترنة بشرط، وغير المحملة بالتزام معين (الفقرة التاسعة من المادة ٣٩) .

ثامنا ــ إيجار الوصى أموال القاصر لغير نفسه ، وزوجته ، وأقاربهما إلى الدرجة الرابعة ، أو إلى شخص لايكون الوصى نائبا عنه . حيث لاتهمة ولا شك ولا ريبة فى هذا العمل . (الفقرة الخامسة عشرة من المادة ٣٩) .

تاسعاً — تعليم القاصر ، ومباشرته مهنة معينة ، إذا لم يحتـــج ذلك للانفاق عليه (الفقرة السابعة عشرة من المادة ٣٩) .

رأى الفقه الاسلامى

بالرجوع إلى ما سبق أن فصلناه فى الفقه الإسلامى خاصاً بتصرفات الوصى ، نجد أن حظ الوصى فى إطلاق حريته فى التصرف كان أوسع ، دائرة فى التشريع الإسلامى عنه فى القانون ، فقد أعطى الفقه الإسلامى الوصى سلطة أوسع ، وحرية أشمل فى التصرف ، والإدارة ، إلا بعض قيود أوردها الفقه على تصرفات الوصى بالنسبة لتبرعه بمال الصغير ، أو بتنازله عن حقوقه فقد أوصد هذا الباب . ولم تسمح الشريعة للوصى أن يتبرع بمال الصغير ، قليلا كان المال المتبرع به أو كثيرا ، كما لم تسمح له بأن يسقط أى حق من حقوق الصغير مطلقاً . بينما القانون أجاز ذلك بشروط سبق بيانها .

لكن القيود التى قيد بها القانون تصرفات الوصى لامانع منها من وجهة نظر التشريع الإسلامى ، فكل ما كان طريقاً لحماية القاصر نفسا ، ومالا ، فهو مشروع مادام لا يتعارض مع نص من كتاب أو سنة .

محاسبة الأوصياء

رأى الفقه الإسلامى

يرى فقهاء الأحناف أن للقاضى محاسبة الأمناء على أموال اليتامى بل يرى المتقدمون منهم أن ذلك واجب عليه ؛ وقالوا بوجوب محاسبة الوصى ، سواء أكان وصى الأب أم وصى القاضى .

أما الأب فأجاز فقهاء الأحناف محاسبته فى حدود ضيقة وفى حالات خاصة أظهرها عند انتهاء ولايته ؛ فالقاضى لا يملك من أمر من له ولى من الصغار شيئا إلا أن يتصرف الولى تصرفا غير صالح فله نقضه ، أو أن يسرف الولى ويبذر فله منعه .

والقاعدة المقررة أن التصرف فى أموال القصر ، وعديمى الأهلية، يجب أن يستهدف فيه المتصرف تحقيق مصلحتهم وتوفير الخير لهم . والوصى يعتبره الشارع أمينا على مال القاصر ، وأن القول قوله بيمينه عند الاختلاف ، وأنه إذا امتنع عن التفسير والبيان عند المحاسبة لا يجبر على البيان ، إلا إذا عرف بعدم الأمانة، فإنه يجبر ، حينئذ، على البيان. وقال فقهاء الأحناف: إنه إذا سلم الأب أموال صغاره، بعد بلوغهم سن الرشد ، فإذا اختلفوا فى مقدار ما أنفقه الأب عليهم صدق الأب بيمينه، إن ادعى شيئا مقبولا لا يكذبه فيه الظاهر ، أما إذا ادعى شيئا لا يصدقه فيه الظاهر فلا يصدق بيمينه. بل تحتسب على الأولاد نفقة مثلهم فى المدة التى ولى أمرهم فيها ، ولا يلزمون بالزائد على نفقة المثل. وهذا إذا لم يبين سببا مقبولا لإنفاق ما أنفقه . أما إذا بين سببا مقبولا كأن قال إنه اشترى لهم النفقة فسرقت ، أو تلفت فاشترى غيرها ، فإنه يصدق حينئذ ما لم يزعم تكرار ذلك ، وأن ادعى ضياع شىء صدق بيمينه. والنصوص الفقهية دالة على حق القاضى فى محاسبة الأمناء على ما جرى على ايديهم من أموال اليتامى وغلاتهم ، وأن له الحق فى عزله الوصى إذا أحس منه خيانة، وإن يستبدل له بغيره صالحا أمينا ، وأنه يبقيه ويقره إذا وجده أمينا[1] . ومن ثم فلا يلزم الوصى المعروف بالأمانة بالضمان إلا فى حالة التعدى والتقصير . أما غير الأمين فلا يصدق بيمينه بل لا بد من البيان وإقامة الدليل على ما يدعيه وأجاز الأحناف استحلاف الوصى سواء ادعى شيئا معلوما أو مجهولا . وعللوا ذلك بأنه من باب النظر والاحتياط فى أمر اليتيم .

---

(١) يراجع هامش جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٧٩ وما بعدها ، والبحر الرائق جـ ٥ ص ٢٦٢ وما بعدها وجـ ٦ ص ٢٩٦ وما بعدها . ويراجع الجزء الأول من قرة عيون الأخبار ص ٤٥ وما بعدها .

التنظيم القانونى لمحاسبة الأولياء والأوصياء

نظم القانون رقم ١١٩ ، لسنة ١٩٥٢ محاسبة الأولياء والأوصياء. وبتتبع مواد القانون المذكور فى هذا الخصوص نجد أحكام المحاسبة فيه تختلف بالنسبة للأب وغيره من القائمين على أموال القصر ، حسب البيان التالى :

محاسبة الأب

نصت المادة (٥) على أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر . إلا المال الذى وهب للقاصر للانتفاع به فى غرض معين كالتعليم ، أو القيام بمشروع معين ، أو حرفة خاصة ، فإنه يحاسب على ريع هذا المال مع الأصل ، كيلا يفوت الغرض الذى قصد الواهب تحقيقه بهبته .

وألزمت المادة المذكورة الولى أو ورثته بجرد أموال القاصر عند بلوغه ، وبرد قيمة ماتم التصرف فيه من تلك الأموال باعتبار القيمة وقت التصرف .

محاسبة الجد

أما المادة «٢٦» فتشير إلى نظام محاسبة الجد حيث تنص على أن الجد تسرى عليه ، فى شأن الحساب ، الأحكام المقررة فى شأن حساب سائر الأوصياء.

محاسبة الوصى

تقرر المادة (٤٥) نظام محاسبة الوصى فتوجب عليه أن يقدم للمحكمة حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته لأموال القاصر أو القصر قبل أول يناير من كل سنة ، مادام قائما بأعمال الوصاية ومستمرا فيها . فإن انتهت وصايته باستبدال غير به ، وجب عليه أن يقدم الحساب خلال ثلاثين يوما

من تاريخ إنتهاء الوصاية . كذلك نصت المادة المذكورة على إعفاء الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على ٥٠٠ جنيه، مالم تر المحكمة غير ذلك ، لأن مشقة الحساب لا تتكافأ مع الفائدة المرجوة منه فى مثل هذه الحالة . والنص فى المادة عام يتناول سائر الأموال من أصل وريع .

المقارنة بين الشريعة والقانون

بالمقارنة بين أحكام الفقه والقانون فى محاسبه الأمناء على أموال القصر نجد أن الأمر لايختلف كثيرا بين للشريعة والقانون بالنسبة للأب وبخاصة فى حالة تسليم أموال القاصر عند البلوغ . أما بالنسبة للوصى فلا خلاف بين الشريعة والقانون فى نظام المحاسبة السنوية. لكن الفقه الإسلامى اعتبر الوصى الأمين أمينا على مال القاصر ،وأن القول قوله بيمينه فيما قبضه ، وفيما أنفقه. أما القانون فألزمه أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته

أجرة الوصى

رأى الفقه الإسلامى

اختلف الفقهاء فى حكم أجرة الوصى ، فقال بعضهم بعدم جواز أخذ الوصى أجرا على عمله لليتيم سواء أكان الوصى غنيا أم فقيرا ؛ وقال بعض آخر بالجواز مطلقا،سواء أكان الوصى غنيا أم فقيرا . وفصل بعض ثالث فقال بجواز أخذ الوصى أجرا على عمله إن كان فقيرا محتاجا.وبعدم الجواز إن كان غنيا . ومنشأ الخلاف السابق هو اختلاف فهمهم لقول الله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا ، فادفعوا إليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافا ، وبدارا أن يكبروا ، ومن كان غنيا

فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأ كل بالمعروف[١] » . وقد استدل من منع أخذ الوصى أجرا غنيا، كان أو فقير بهذه الآية فقد أمر الله فيها بالاستعفاف، وأجاز للفقير أن يأ كل بالمعروف ، وأكله هنا لايسمى أجرا . كما قالوا : إن القيام على شأن القاصر ، ورعاية أمواله،هو نوع من العبادة،يتقرب بها العبد إلى ربه ، فلا يليق أن يأخذ عليه أجرا من العبد .

أما من أجاز أن يأخذ الوصى أجرا من مال القاصر ، فقد استدل بالآية قائلا : إن الآية لم تمنع الأجر ؛وإنما حثت الغنى على الاستعفاف ليبقى عمله خالصا لله تعالى لكنه إن طلبها فليس فى الآية مايمنعه من أخذها . أما الفقير فقد أباحت الآية المذكورة أن يأ كل من مال اليتيم الذى يعمل فيه .

ومن قال بالتفصيل استدل بالآية أيضا قائلا :إن الغنى لا أجر له حيث طالبه الله تعالى بالاستعفاف عن الأكل من مال اليتيم ، فكان ذلك منعا له من أخذ الأجر،أما الفقير فأجاز له النص أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف فكان هذا ؛ أجازة له ؛ لأخذ الأجر من مال اليتيم .

قال القرطبى :[٢] الثانية عشرة — قوله تعالى : (ومن كان غنيا فليستعفف) الآية . بين الله تعالى مايحل لهم من أموالهم ، فأمر الغنى بالإمساك وأباح للوصى الفقير أن يأ كل من مال وليه بالمعروف ، يقال عف الرجل عن الشىء واستعف إذا أمسك ، والاستعفاف عن الشىء تركه. ومنه قوله تعالى : (وليستعفف الذين لايجدون نكاحا) والعفة الامتناع عما لايحل ولا يجب فعله . روى أبو داود من حديث حسين المعلم عن عمر ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبى،صلى الله عليه وسلم، فقال : إنى فقير ليس لى شىء،ولى يتيم ؛ فقال : « كل من مال يتيمك، غير مسرف ولا مبادر ، ولا متأثل » .

---

(١) الآية رقم ٦ من سورة النساء .

(٢) تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٤١

الثالثة عشرة — واختلف العلماء : من المخاطب، والمراد بهذه الآية ؛ ففى صحيح مسلم عن عائشة فى قوله تعالى : « ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » قالت : نزلت فى ولى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلحه ،إذا كان محتاجا جاز أن يأكل منه . وفى رواية: بقدر ماله بالمعروف .وقال بعضهم: المراد اليتيم إن كان غنيا وسع عليه وأعف من ماله، وإن كان فقيرا أنفق عليه بقدره، قاله ربيعة ويحيى بن سعيد:والأول قول الجمهور، وهو الصحيح لأن اليتيم لايخاطب بالتصرف فى ماله لصغره ولسفهه. والله أعلم .

الرابعة عشرة — واختلف الجمهور فى الأكل بالمعروف ماهو : فقال قوم : هو القرض إذا احتاج ، ويقضى إذا أيسر ، قاله عمر بن الخطاب ، وابن عباس ، وعبيدة، وابن جُبير،والشعبىّ ، ومجاهد ، وأبو العالية . وهو قول الأوزاعى . ويتسلف أكثر من حاجته . قال عمر : ألاَ إنى أنزلت نفسى من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم ، إن استغنيتُ استعففتُ ، وإن افتقرتُ أكلت بالمعروف ، فاذا أيسرتُ قضيت . روى عبد الله بن المبارك عن عاصم عن أبى العالية « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال قرضا ـ ثم تلا « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » وقول ثان روى عن إبراهيم ، وعطاء ، والحسن البصرى ، والنخعى ، وقتادة . لاقضاء على الوصى الفقير فيما يأكل بالمعروف ؛ لأن ذلك حق النظر . وعليه الفقهاء . قال الحسن : هو طعمة من الله له ، وذلك أنه يأكل ما يسد جوعته، ويكسو ما يستر عورته ، ولا يلبس الرفيع من الكتان ، ولا الحُلل . والدليل على صحة هذا القول إجماع الأمة على إن الإمام الناظر المسلمين لا يجب عليه غرم ما أكل بالمعروف ؛ لأن الله تعالى قد فرض سهمه فى مال الله . فلا حجة لهم فى قول عمر : فاذا أيسرت قضيت ، أن لو صح . وقد روى عن ابن عباس ، وأبى العالية ، والشعبى ، أن الأكل بالمعروف هو كالانتفاع بألبان المواشى، واستخدام العبيد ، وركوب الدواب إذا لم يضر بأصل المال

كما يهنأ الجرَباء (١) ، ويَنشُد الضالة ، ويلوط الحوض (٢) ، ويجد الثمر . فأما أعيان الأموال وأصولها فليس للوصى أخذها . وهذا كله يخرج مع قول الفقهاء : إنه يأخذ بقدر أجر عمله ، وقالت به طائفة وأن ذلك هو المعروف ، ولا قضاء عليه ، والزيادة على ذلك محرّمة . وفرق الحسن بن صالح بن حى – ويقال ابن حيان – بين وصى الأب والحاكم، فلوصى الأب أن يأكل بالمعروف . وأما وصى الحاكم فلا سبيل له إلى المال بوجه ، وهو القول الثالث . وقول رابع رى عن مجاهد ؛ قال : ليس له أن يأخذ قرضا ولا غيره . وذهب إلى أن الآية منسوخة ، نسخها قوله تعالى: « يأيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» وهذا ليس بتجارة . وقال زيد بن أسلم: إن الرخصة فى هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما » الآية . وحكى بشر بن الوليد عن أبى يوسف قال : لا أدرى لعل هذه الآية منسوخة بقوله عز وجل : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقول خامس – وهو الفرق بين الحضر والسفر – فيمنع إن كان مقيما معه فى المصر . فإذا احتاج أن يسافر من أجله فله أن يأخذ ما يحتاج اليه ، ولا يقتنى شيئا ، قاله أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد . وقول سادس – قال ابو قِلابَة : فليأكل بالمعروف مما يجنى من الغلة ، فأما المال الناض (٣) فليس له أن يأخذ منه قرضا ولا غيره . وقول سابع – روى عكرمة عن ابن عباس « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : إذا احتاج واضطر . وقال الشعبى : كذلك إذا كان منه بمنزلة الدم

(١) هنأ الإبل: طلاها بالهناء ، وهو ضرب من القطران.

(٢) لاط الحوض: طلاه بالطين وأصلحه .

(٣) الناض : الدرهم والدينار عند أهل الحجاز ، وسمى ناضا إذا تحول عينا بعد أن كان متاعا.

ولحم اخذ منه ، فإن وجد أوفى . قال النحاس : وهذا لا معنى له ؛ لأنه إذا اضطر هذا الاضطرار كان له أخذ ما يقيمه من مال يتيمه أو غيره من قريب أو بعيد . وقال ابن عباس أيضا والنخعى : المراد أن يأكل الوصى بالمعروف من مال نفسه حتى لا يحتاج إلى مال اليتيم ، فيستعف الغنى بغناه ، والفقير يقتر على نفسه حتى لا يحتاج إلى مال يتيمه . قال النحاس : وهذا من أحسن ما روى فى تفسير الآية ، لأن أموال الناس محظورة لا يطلق شىء منها إلا بحجة قاطعة »(١).

تغير الزمن وأثره

الآية لم تضع حكما قاطعا فى الموضوع يجب العمل به والسير على مقتضاه . وإنما اشارت إلى ما ينبغى أن يكون عليه الأوصياء . لكن أحداث الزمن قد غيرت أحوال الناس وأصبح الكثير الغالب منهم لا يعمل إلا بأجر سواء منهم الغنى والفقير . فإذا ما طلب الوصى أجراً على عمله كوصى ، قدر له القاضى الأجر حسبما يراه مناسبا للمال والعمل والفائدة العائدة على القاصر من العمل .

رأى القانون

اما القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد نص فى مادته (٤٦) على أن الوصاية تكون بغير اجر إلا إذا رأت المحكمة ، بناء على طلب الوصى ، أن تعين له أجر ، أو أن تمنحه مكافاة على عمل معين . ومفاد هذا النص أن القانون اعتبر ان الأصل فى عمل الوصاية هو أن لا اجر عليها . لكن إذا طلب الوصى اجراً ورأت المحكمة أن من صالح الصغير أن تقرر للوصى أجراً فلها ذلك — كذلك إذا طلب الأوصياء الذين يعملون بلا أجر أن يمنحوا

(١) الجامع لاحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبى جـ ٥ ص ٤٠ — ٤٣

مكافأة على عمل معين أدوه للقاصر وبذلوا فيه جهداً كبيراً فللمحكمة أن تقدر لهم المكافأة المناسبة .

المقـــارنة

لم يخرج القانون فيما قرره من جواز إعطاء الأجر للوصى إذا طلب ذلك عن حدود الشرع . وقد سبق أن ذكرت أقوال الفقهاء فى ذلك ، ومنها القول الذى يجيز للوصى أن يأخذ أجراً على عمله كوصى سواء كان غنيا أو فقيراً ، أخذ من قوله تعالى ، « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافا وبداراً أن يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » .

عزل الوصى

حـــكم الفقه الإســـلامى

قال صاحب تحفة الفقهاء[1] : « ثم للقاضى أن يعزل وصى الميت ، إذا كان فاسقاً ، غير مأمون على التركة ، وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف ، لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه ، فإن القاضى يضم إليه غيره ، ولا يعزله لاعتماد الوصى عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما . »

وفى جامع الفصولين[2] « ثم إن كان الوصى عدلا أميناً كافياً لا ينبغى للحاكم أن يعزله ، لأنه ليس له ولاية الحجر على العدل الرشيد ، خصوصا إذا قام مقام الأب الرشيد » .

مدى سلطة القاضى فى عزل الوصى

يتضح من أقوال الفقهاء السابقة أن للقاضى عزل الوصى غير الأمين ، وأن الهدف هو تحقيق مصلحة القاصر ودفع الضرر عنه ، ولهذا قالوا ينبغى

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ ص ٣٦٧ تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر .

(٢) هامش جامع الفصولين جـ ٢ ص ٣٥٥ باب [أدب الأوصياء] .

للحاكم أن لا يعزل الوصى الرشيد المأمون على التركة ، وقالوا : إن القاضى لو عزل الوصى الكفء لا ينفذ عزله؛ لأن فى ذلك تفويتاً لغرض الموصى، وإضاعة لحق الورثة من غير مبرر . وقالوا إذا انعدمت صلاحية الوصى للوصاية بفقدانه شرطاً من شروط الصلاحية كان للقاضى عزله كما قالوا بانتهاء الوصاية بموت الوصى ، وببلوغ القاصر عاقلا رشيدا وبموته .

حكم القانون فى إنهاء الوصاية وانتهائها

بنيت المادة (٣٥) و (٤٧) الحالات التى بها تنتهى الوصاية .

فنصت المادة (٣٥) على انتهاء مهمة الوصى الخاص ، والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته ، أو المدة التى اقتضت بها تعيينه .

وأوضحت المادة (٤٧) الحالات التى تنتهى بها الوصاية ، فأشارت إلى انتهاء الوصاية :

(١) ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه لأسباب تدعو إلى استمرارها، من جنون،أوعته ، وما ألحق بهما ، فى هذه الحالة لا تنتهى الوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة . والنص يفيد أن عدم انتهاء الوصاية عند بلوغ هذا السن مشروط بصدور قرار من المحكمة المختصة باستمرار الوصاية على من بلغ هذه السن غير رشيد . فإذا بلغ الصغير هذه السن ، ولم يصدر قرار من المحكمة باستمرار الوصاية عليه اعتبرت الوصية منتهية تطبيقاً لنص المادة المذكورة . ويكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية اعمالا لنص الماد ٤٤ مدنى فقرة أولى والتى تنص على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) بعودة الولاية للولى حيث لا يكون هناك سلطة أخرى تشارك الولى فى التصرف ، ولهذا يرى القانون أن مهمة الوصى، تنتهى فى هذه الحالة، دون حاجة إلى حكم من المحكمة بالانتهاء .

(٣) بعزل الوصى أو باستقالته ، وصدور قرار من المحكمة بقبول

استقالته . ومفاد ذلك أن العزل لابد أن يكون بحكم نهائى . كما أن الاستقالة وحدها لاتنهى مهمة الوصى بل لابد من قبول المحكمة استقالته ،

(٤) إذا فقد الوصى أهليته للوصاية ، أو غاب غيبة منقطعة وتبينت غيبته ، أو مات هو و مات القاصر .

وقف الوصى

بينت المادة (٤٨) الحالات التى يجب فيها على المحكمة أن تأمر بوقف الوصى وهى :

ا — إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله .

ب — إذا قام به عارض من العوارض التى تزيل أهليته كجنون ، وسفه ، وعته .

عزل الوصى

تكفلت المادة (٤٩) بتفصيل أسباب عزل الوصى من الوصاية ؛ فنصت على أنه يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

١ ـ إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية، ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه ؛ لأن شروط الصلاحية من قبيل الشروط التى يجب دوامها وتوافرها ابتداء وبقاء .

٢ ـ إذا أساء الإدارة ، أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر ، كما لو ارتبكت شئون الوصى المالية ، على نحو ينذر بإفلاسه أو إعساره ، كما لو كانت للوصى منشأة صناعية ، تنافس منشأة صناعية يملكها القاصر .

كذلك أفصحت المادة (٨٤) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ عن حالة أخرى ، يجوز أن يعزل بسببها الوصى من الوصاية ، وهى حالة ما إذا قصر الوصى فى

الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون ، أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة ؛ حيث يجوز — بعد تحقيق دقيق تقوم به هى ، أو النيابة ،ويسمع فيه دفاع الوصى ، واتهام من طالب بعزله ، وبعد تأكد المحكمة من صحة الاتهام — أن تعزله من الوصاية ، فضلا عن الحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وبحرمانه من أجره كله ، أو بعضه ، أو بأحد هذه الجزاءات .

الآثار المترتبة على إنهاء الوصاية وانتهائها

أوضحت المادة (٥٠) من القانون ما يجب على الوصى عمله عند إنهاء وصايته أو انتهائها فنصت على أنه يجب على الوصى أن يسلم خلال الثلاثين يوماً التالية لإنتهاء وصايته ،جميع الأموال التى تكون فى عهدته إلى القاصر إذا كان قد بلغ سن الرشد ، أو يسلمها إلى ورثته ، أو إلى الولى؛ أو الوصى، أو الوصى المؤقت ، على حسب الأحوال . وعليه أن يودع قلم الكتاب ، فى فى الميعاد المذكور، صورة من الحساب . ومحضر تسليم الأموال .

ونصت المادة (٥١) على أنه فى حالة موت الوصى موتاً حقيقياً ، أو حكمياً ، أو اعتبر غائباً ، يجب على ورثته أو من ينوب عنه (وهو القيم فى حالة الحجر عليه ، أو الوكيل عنه وكالة رسميـــة ، إما بإقامة الغائب له ، وتثبيت المحكمة له . أو بإقامة المحكمة له أصلا ،إذا لم يكن الغائب قد أقام وكيلا أو أقام ولم تثبته المحكمة لفقدانه الشروط الواجب توافرها فى الوصى) ... كل حسب الأحوال أن يسلموا أموال القاصر ، ويقدموا الحساب على الوجه المشار فى المادة (٥٠) بمعنى أن يسلموه فى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء وصاية الوصى جميع الأموال التى كانت فى عهدته ، وأن يتم التسليم بمحضر خاص ، وأن يقدموا حساباً عن تصرفاتهم أثناء الوصاية .

مسئولية وارث الوصى

ويكون الوارث أو الغائب مسئولا شخصياً عن إتلاف مال القاصر ، وعن وثائق الوصاية ، وعن ضياع أو تبديد أى شىء منها . أما ما يكون فى ذمة الوصى نتيجة إهماله ، أو خيانته ، فمسئولية الوارث عنه محدودة بمقدار ما يؤول اليه من مال موروث له عن هـذا الوصى ، ولا ضمان عليه نتيجة خطأ مورثه فى ماله الخاص ، الذى آل اليه عن طريق آخر غير طريق الميراث عنه .

التعهدات ، والمخالصات التى يكتبها الموصى عليه للوصى

لكى يحمى المشرع القاصر من تلاعب الوصى بمصالحه افترض أنه حتى بلوغه سن الرشد لايزال ضعيفاً ، وأن احتمال سطو الأوصياء على من كانوا مشمولين بولايتهم من الأمور المتوقعة غالباً فى حاجة إلى حماية القانون نظراً لضعف خبرته . ولهذا نص القانون ١١٩ سنة ٩٥٢ فى المادة (٥٢) على أنه يجوز طلب إبطال كل تعهد أو مخالصة ، تصدر لصالح الوصى ممن كان مشمولا بوصايته وبلغ سن الرشد . إذا صدرت المخالصة ، أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب الواجب على الوصى تقديمه قبل أول يناير من كل سنة بمقتضى المادة (٤٥) . وبهذا النص أتاح القانون لمن بلغوا سن الرشد المالى فرصة معقولة يدرسون فيها مواقفهم من الأوصياء عليهم ، ويطلعون على حساباتهم مسترشدين بأولى الخبرة ، وأصحاب الفكر ، فى مثل هذه الأمور . فإذا وجدوا حقوقهم قد ضاع منها شىء فلهم أن يطلبوا بطلان ماحرروه على أنفسهم من تعهدات أو مخالصات .

البطلان خاضع لتقدير المحكمة :

واضح من نص المادة (٥٢) أن البطلان هنا ليس بقوة القانون ، بل

هو أمر أباح النص طلبه لمن بلغوا سن الرشد ، طبقاً لشروط معينة ، وأن الحكم بإجابة هذا الطلب خاضع لتقدير المحكمة ، فقد يكون الوصى قد سلم المال سليما وحساباته كلها مؤيدة بالمستندات ، والتعهد ، أو المخالصة التى حررها الصغير الذى بلغ سن الرشد المالى لوصيه محررة وفق إجراء سليم ، ومبنية على حق وإنصاف ، فالمحكمة فى هذه الحالة عليها أن ترفض الحكم بطلب بطلان المخالصة ؛ لأنها بنيت على أسباب صحيحة .

إدارة القاصر لأملاكه

بين القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ فى مواده من ٥٤ إلى ٦٤ طريقة تصرف القاصر فى ماله ، والحالات التى يكون فيها تصرفه صحيحا نافذا ، والحالات لا يصح فيها تصرفه حسب البيان التالى :

مدى حق الولى فى الإذن للقاصر

نصت المادتان (٥٤ ، ٥٥) على أن للولى ، وللمحكمة ، الحق فى أن يأذنا للصبي الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره فى تسلم أمواله كلها ، أو بعضها ، لإدارتها . فبينت المادة (٥٤) الطريقة التى يتبعها الولى فى ذلك حتى لا يضار من يتعامل مع القاصر ، فبينت أن على الولى أن يثبت إذنه للقاصر بتسلمه أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بإشهاد لدى الموثق . وله أن يسحب هذا الإذن ، أو يحد منه ، بإشهاد آخر ، مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات والتى تنص على الآتى :

مادة ١٠٢٧ مرافعات — إذا لم يطلب تسجيل الطلب ، أو رفض الإذن به ؛ وجب على قلم الكتاب أن يسجل ، فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة ، القرارات النهائية الصادرة بما يأتى ؛

١ — توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية ، أو إثبات الغيبة .

٢ — سلب الولاية ، أو الحد منها ، أو وقفها .

٣ — استمرار الولاية ، أو الوصاية .

٤ — سلب الإذن للقاصر ، أو المحجور عليه بالإدارة ، أو الحد منه .

٥ — منع المطلوب الحجر عليه ، أو سلب ولايته ، أو وقفها ، أو الحد منها ، أو وكيل الغائب من التصرف أو تقييد حريته فيه ، ويجب كذلك على هامش هذه القرارات لكل قرار يصدر ملغيا أو معدلا له .

حق المحكمة فى الإذن للقاصر :

أما المادة (٥٥) فأوضحت أن للمحكمة ، إذا تقدم لها القاصر ، الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره يطلب الإذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو إذا تقدم الوصى على القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة بطلب للمحكمة لتأذن فى تسليم القاصر المذكور أمواله كلها أو بعضها لإدارتها — فللمحكمة ، على سبيل الجواز أن تأذن للقاصر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ولها أن ترفض هذا الطلب . وقالت المادة : إنه فى الحالة الأخيرة ، وهى حالة ما إذا رفض طلب الإذن للقاصر فى تسلم أمواله لإدارتها ، لا يجوز تجديد مثل هذا الطلب قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض . وذلك لضمان مرور فترة زمنية فى مثلها يحتمل أن يكون القاصر قد نال قسطاً وافرا من الرشد يؤتمن معه على المال فلا يغبن ، ولا يكون المال فى يده مهددا بالخطر . فإذا جدد الطلب قبل مضى سنة لا يجوز للمحكمة ، بنص القانون النظر فيه ، بل على المحكمه ألا تنظره .

الأمور التى للقاصر مباشرتها

نصت المادة (٥٦) على أن القاصر المأذون له بإدارة أملاكه أو بعضها يباشر ما يأتى من أعمال :

١ — أعمال الإدارة .

٢ أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على أعماله الإدارية .

٣ أن يؤجر أراضيه الزراعية ، ومبانيه لسنة فأقل .

٤ أن يفى الديون الأخرى بعد إستئذان المحكمة أو وصيه فيما يملك من ذلك .

٥ أن يتصرف فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

الأمور التى لا يباشرها القاصر

ونصت المادة (٥٦) على منع القاصر المأذون من مباشرة مايأتى :

١ — أن يؤجر الأرض الزراعية ، أوالمبانى، لمدة تزيد على سنة .

٢ — أن يفى الديون غير المترتبه على أعماله الإدارية ، ولو كانت ثابته بحكم واجبالنفاذ أو سند تنفيذى آخر، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

٣ — أن يتصرف فىصافى دخله تصرفا أزيد مما يلزمه لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

اشتغال القاصر بالتجارة

منعالقانون إشتغال القاصربالتجارة إذا لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره. وأجاز له ؛ ذلك ، إذا بلغ هذه السن وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا ، أو مقيدا ومفاد ذلك أن الولى ، لا يملك إذن قاصره بالتجارة ، ولو بلغ الثامنة عشرة من عمره ، فقد قصرالقانون هذاالحق على المحكمة فقط فقد نصت المادة (٥٧) على أنه « لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولا بالولاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره، وأذنته المحكمة فىذلك إذنا مطلقا أو مقيدا »

محاسبة القاصر

نظمت المادتان ٥٨ ، ٥٩ من القانون ١١٩ سنة ٩٥٢ طريقة محاسبة القاصر والجزاءات التى توقع عليه إذا أساء التصرف فيما أذن له فيه . فنصت المادة (٥٨) على أن القاصر المأذون له فى الإدارة عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى. وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن المحكمة ، أو أحد المصارف . ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها .

وقررت المادة (٥٩) جواز أن تحد المحكمة من الإذن الصادر للقاصر أو تسلبه اياه بعد تحقيق معه، تسمع فيه أقواله. وذلك إذا لم يقدم للمحكمة حسابا سنويا، أو لم يودع ما أمرت المحكمة بإيداعه من صافى الريع المتوفر فى المصرف أو الخزينة التى أمرت المحكمة بإيداع هذا المتوفر من الدخل فيه — أو إذا أساء التصرف فى إدارته ، أو قامت به أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده ، كأن اشتهر بلعب القمار مثلا — أو بالتبذير .

ولم تقيد المادة حق المحكمة فى الحد من الإذن الممنوح للقاصر ، أو سلبه إياه بضرورة أن ترفع بذلك دعوى بل يجوز لها ذلك بناء على طلب من يعنيهم الأمر، كما أن لها أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو ذوى الشأن .

وبينت المادة (٦١) حق القاصر فى التصرف فى المال الذى يسلم إليه للانفاق منه على نفسه وأجازت أن يلتزم فيما يتعلق بأغراض الإنفاق على نفسه فى حدود هذا المال فقط فله أن يشترى طعاما ، أو كسوة إلى أجل فى حدود المبلغ المخصص له للنفقة فقط . وأوضحت المادة (٦٢) حق القاصر المطلق فى أن يلتحق بالعمل الذى يريده وأن يتعاقد مع من يريد فى سبيل هذا الخصوص وفقا لأحكام قانون العمل . وفى نفس الوقت أعطت المادة المذكورة للمحكمة الحق فى إنهاء هذا العقد رعاية لمصلحة الصغير بشرط أن يطلب منها ذلك وصى القاصر، أو ذى شأن ، وأن يكون الطلب

واضحا فيه أن المقصود هو رعاية مصلحة الصغير ، ومستقبله ، أو لمصلحة أخرى ظاهرة . وأعطت المادة (٦٠) القـــاصر حق التصرف فى المهر والنفقة متى أذنت له المحكمة بالزواج مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى ، قرار لاحق .

ونصت المادة (٦٣) على أن القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره له الحق فى أن يتصرف فيما كسبه من عمله من أجر أو غيره . وأبطلت كل التزام له يزيد على حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته . وأعطت المحكمة الحق فى أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور إذا اقتضت المصلحة هذا الإجراء . وفى هذه الحالة يعين عليه وصى إذا لم يكن له ولى خاص .

ولاستقرار التعامل وضمان حقوق الناس جعل القانون القاصر المأذون له من قبل وليه، أو من قبل المحكمة ، أو بنص القانون ، كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه (م ٦٤ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢) .

رأى الفقه الإســـلامى

لامانع عند فقهاء الأحناف أن يدفع الولى للصبي العاقل شيئاً من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختبار لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » . فقد أذن الله سبحانه وتعالى، فى هذه الآية، للأولياء فى ابتلاء اليتامى ، والابتلاء الاختبار ، وذلك بالتجارة ، فكان الإذن بالابتلاء إذنا بالتجارة . وإذا اختبره ، فإن آنس منه رشدا دفع الباقى من ماله إليه ؛ لقوله تعالى : « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » والرشد هو الاستقامة ، والاهتداء فى حفظ المال وإصلاحه ، فإذا لم يأنس الولى رشداً من الصبي، فلا يجوز له، أن يدفع إليه ماله لا لإدارته، ولا للتجارة به. ويحبس عنه المال حتى يبلغ رشده، فإذا بلغ رشيداً دفع إليه

ماله . وإن بلغ سفيهاً مفسداً مبذراً ، فإنه يمنع عنه إلى خمس وعشرين سنة بإجماع فقهاء الأحناف، فإذا بلغ هذا المبلغ، ولم يؤنس رشده ، دفع إليه ماله عند أبى حنيفة، رضى الله عنه ، وعند الصاحبين لايدفع إليه مادام سفيها[1].

المقارنة بين الشريعة والقانون

واضح مما سبق أن الشريعة والقانون قد اتفقا فى هـذا الموضوع ، وأن القانون حينما أجاز للولى وللمحكمة أن يأذنا للقاصر البالغ من عمره ثمانى عشرة سنة إنما هو متفق مع الشريعة فى ذلك بل إن الشريعة تأمر بإعطائه جميع ماله فى هذه السن متى بلغها رشيدا « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » .

أحكام الحجر

رأى الفقه الإسلامى

معنى الحجر

الحجر فى الشرع هو المنع من التصرف القولى لاالفعلى ،لأن الشأن أن الأفعال لا مرد لها .

أسباب الحجر

قال أبو حنيفة رحمه الله: الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ما لها ،رابع،وهى:
١ ـ الجنون ٢ ـ والصبا ٣ ـ والرق .

وبمثل ما قال أبو حنيفة قال زفر رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى : إن الأسباب المذكورة موجبة للحجر ، كما أن من أسبابه أيضاً السفه ، والتبذير ، ومطل الغنى ،

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٧ ص١٧٠

وركوب الدين ، وخوف ضياع المال بالتجارة ، والتلجئة ، والإقرار لغير الغرماء فهذه الأمور كلها ، من أسباب الحجر أيضاً ، فيجرى عند الصاحبين الحجر فى السفيه المفسد للمال بالصرف فى الوجوه الباطلة ، وفى المبذر الذى يسرف فى النفقة ، ويغبن فى التجارات ، وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه إذا ظهر مطله عند القاضى ، وطلب الغرماء من القاضى أن يبيع عليه ويقضى دينه . وفيمن ركبته الديون ، وله مال فخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الأمر إلى القاضى وطلبوا منه أن يحجز عليه أو خافوا أن يلجىء أمواله فطلبوا من القاضى أن يحجزه عن الإقرار إلا للغرماء ،

الأدلة

استدل الصاحبان بالكتابة والسنة :

أما الكتاب :

١ - فقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ، وليملل الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئا ، فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً ، أو ضعيفا . أو لا يستطيع أن يمل هو ، فليملل وليه بالعدل[١] » .

وجه الاستدلال بالآية :

سوى الله بين السفيه ، وبين الضعيف ، وهو مدخول العقل ، ناقص الفطنة ، وبين العاجز[٢] عن الإملاء ، إما لعته أو لخرسه ، أو لجهله بأداء الكلام . وجعل الله لكل واحد من المذكورين فى الآية ولياً فدل ذلك

« ١ » الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

« ٢ » الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ض ٣٨٨

على أن الحجر يجرى للسفه ، وأن السفيه تثبت عليه الولاية كما تثبت على الضعيف(١) .

٢ — قوله تعالى: « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعلكم الله لكم قياماً ، وارزقوهم فيها ، واكسوهم، وقولوا لهم قولا معروفا »(٢)

وجه الاستدلال :

النهى ورد فى الآية عن إيتاء السفهاء المال . وهـذا معناه استمرار الولاية عليهم، ومنعهم من التصرف، مهما بلغت بهم السن حتى يرشدوا . وهذا هو الحجر .

قال القرطبى : (وقال أبو موسى الأشعرى ، فى قوله تعالى: « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » السفهاء هنا: كل من يستحق الحجر . وهذا جامع(٣)) .

وأما السنة فمنها :

١ — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ رضى الله عنه أرضه بسبب ديون كثيرة ، وقضى له من ثمنها دينه .

---

(١) قال القرطبى جـ ٥ ص ٢٠ : (فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً) أثبت الولاية على السفيه كما أثبتها على الكبير . وكان معنى الضعيف راجعاً إلى الصغير . ومعنى السفيه راجعاً إلى الكبير البالغ ، لأن السفه اسم ذم ولا يذم الإنسان على مالم يكتسب ، والقلم مرفوع عن غير البالغ ، فالذم والحرج منفيان عنه . قاله الخطابى .

(٢) الآية رقم ٥ من سورة النساء .

(٣) الجامع لأحكام القرآن جـ ٥ ص ٢٨ . للإمام القرطبى . طبع مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧ م .

وجه الاستدلال :

هذا الحديث نص فى هذا الباب، فإن البيع عليه لا يذكر إلا فى غير موضع الرضا فدل بيع الرسول صلوات الله عليه وسلامه أرض معاذ على ولايته صلى الله عليه وسلم على معاذ بعد بلوغه رشده وتصرفه فى ماله بسبب الدين الذى عليه للغرماء . وهذا هو الحجر للدين .

٢ — روى الدارقطنى، حدثنا محمد بن أحمد بن الحسن الصواف، أخبرنا حامد بن شعيب ، أخبرنا شريح بن يونس ، أخبرنا يعقوب بن إبراهيم — هو أبو يوسف القاضى ـ أخبرنا هشام بن عروة عن أبيه : أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير؛ فقال : إنى اشتريت بيع كذا وكذا ، وإن علياً يريد أن يأتى أمير المؤمنين فيسأله أن يحجر على فيه . فقال الزبير أنا شريكك فى البيع . فأتى علىّ عثمان ، فقال ! إن ابن جعفر اشترى بيع كذا وكذا فاحجر عليه . فقال الزبير : فأنا شريكه فى البيع . فقال عثمان : كيف أحجر على رجل فى بيع شريكه فيه الزبير؟ ».

وجه الاستدلال :

عبدالله بن جعفر أول مولود ولد فى الإسلام بالحبشة ، فقد ولدته أمه بأرضها . وقدم مع أبيه على النبى، صلى الله عليه وسلم ، عام خيبر، فسمع منه وحفظ عنه . وكانت خيبر سنة خمس من الهجرة . وقول جعفر إن عليا يريد أن يأتى أمير المؤمنين فيسأله الحجر علىّ نظرا لشرائى كذا وكذا . دليل على جواز الحجر على الكبير .. كذلك قول عثمان رضى الله عنه كيف أحجر على رجل فى بيع شريكه فيه الزبير؟ دليل على أن عثمان يرى أن مبررات الحجر على الكبير، فى هذه الحالة، غير متوافرة ، فالرجل لم يغبن فى الشراء ، لأن شريكه فيه هو الزبير. وهو معروف بأنه لا يغبن فى البياعات. ومفاد ذلك القول أن الكبير يجوز الحجر عليه للسبب الذى طلب على من عثمان الحجر على عبدالله بن جعفر عليه بسببه وهو الغفلة والغبن فى البياعات(١).

«١» المصدر السابق ص ٢٠ ، ٢١

المعقول : قال الصاحبان : إن التصرفات شرعت لمصالح العباد ، والمصلحة تتعلق بإطلاق حرية التصرف مرة وبالحجر أخرى. والمصلحة ههنا فى الحجر . ولهذا إذا بلغ الصبي سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بلا خلاف . كذلك حجر على الصبي والمجنون لكون الحجر مصلحة فى حقهما فكذلك ههنا بل أولى لأن الثابت فى حق الصبي احتمال التبذير وفى حقه حقيقته . والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه مايمنع من يده[1] .

مدى حاجة الحجر إلى القضاء به

اختلف ابو يوسف ومحمد، فيما بينهما فى السفيه؛ هل يصير محجوراً عليه بظهور السفه عليه ، دون حاجة إلى حكم من القاضى بالحجر عليه ، أو يحتاج إلى حكم عليه بالحجر ؟

قال أبو يوسف : لابد من حكم القاضى بالحجر ، فلا يصير السفيه محجوراً عليه إلا بحجر القاضى ؛ فإذا حجر عليه القاضى بطل بيعه وشراؤه ، وإذا اشترى أو باع قبل الحجر جاز بيعه وشراؤه . وقال محمد : ينحجر على السفيه بنفس السفه دون حاجة إلى حجر القاضى .

أدلة أبى حنيفة :

استدل أبو حنيفة بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب؛ فعموم الآيات الواردة بإباحة التصرفات من بيع وشراء وهبة والإقرار وغير ذلك بلا تخصيص ؛ فشرع الله لهذه التصرفات شرعا عاما يتناقض والحجر عنها؛ إذ تشريعها تشريعاً عاما دون تخصيص يفيد إباحتها للسفيه وغيره ، والحجر عن المشروع متناقض ، فالله سبحانه وتعالى أباح البيع بقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، وقال تعالى : « يأيها الذين

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص ١٦٩، وتكملة فتح القدير جـ٧ ص٣١٥

آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » إلى قوله عز شأنه « ولا يبخس منه شيئاً » فقد أجاز الله تعالى البدلين حيث ندب إلى الكتابة ، وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالإملاء ، ونهى عن البخس عاما من غير تخصيص وقال تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض، بل جبرا عليه ؛ فلا يجوز. ويدخل تحت عموم إباحة أكل أموال الناس عن طريق التجارة بيع السفيه ماله تجارة عن تراض فيجوز ، وقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » أمر عام. وشهادة الإنسان على نفسه إقرار فدل هذا على جواز الإقرار من المدين وغيره فدل ذلك على عدم جواز الحجر على المديون الذى خاف غرماؤه أن يلجىء أمواله .

أما السنة، فمنها: قوله: صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا » فلو كانت الهدية موجبة للحجر مانعة لصحة التصرف شرعا ، ما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم، بها[1] .

المعقول :

قال أبو حنيفة إن الكبير سفيهاً كان أو مديونا ، أو صاحب غفلة هو مخاطب عاقل وكل من كان كذلك لا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد لأن فى الحجر عليه سلب ولايته . وفى ذلك إهدار لآدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى .

مناقشة أدلة الصاحبين

ناقش أبو حنيفة أدلة القائلين بالحجر على الكبير للسفه والتبذير ، والدين، وما ألحق بهذه الأسباب من أمور أخرى؛ فقال :

---

(١) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣١٦ .

إن قوله تعالى : « فإن كان الذى عليه الحق سفيها ، أو ضعيفا، أو لايستطيع أن يمل هو ، فليملل وليه بالعدل » لادلالة فيها على جوازالحجر للسفه ، لأن المراد بالسفيه المذكور فى الآية هو الصغير ، والصغر من الأسباب الموجبة للحجر عند الجميع بلا خلاف . كذلك قيل إن المراد من الولى فى قوله تعالى:«فليملل وليه» : من له الحق ، فله أن يملى عند حضرةمن عليه الدين ، لئلا يزيد على ما عليه شيئا . ولوزاد أنكر عليه .

قال القرطبي : قوله تعالى: « فليملل وليه بالعدل » ذهب الطبرى إلى أن الضمير فى وليه عائد على «الحق» وأسند فى ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل . هو عائد على « الذى عليه الحق» وهو الصحيح ، وما روى عن ابن عباس لايصح[1].

وقال أبوحنيفة . إن قوله تعالى: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » لاتدل على جواز الحجر على الكبير للسفه ؛ لأن المراد من السفهاء فى الآية النساء والأولاد الصغار، قال بعض أهل التأويل : ويؤيد هذا القول سياق الآية؛ فقد ورد فيها: « فارزقوهم منه واكسوهم وقولوا لهم قولامعروفا » . ورزق النساء ، والأولاد الصغار،هو الذى يجب على الأولياء والأزواج . أماالكبار السفهاء فكسوتهم ورزقهم من مالهم . كذلك أضاف الله الأموال إلى المعطى لا إلى المعطى اليه . ومفاد ذلك ان النهى منصرف إلى إعطاء السفهاء مال الأولياء فقط وهذا غير مايراد الاستدلال عليه (وهو الحجر على السفيه).

قال القرطبي : « وارزقوهم فيها وأكسوهم » قيل: معناه أجعلوا لهم فيها أو افرضوا لهم فيها . وهذا فيمن يلزم الرجل نفقته وكسوته من زوجته وبنيه الأصاغر . فكان فى هذا دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد ، والزوجة على الزوج[2] وقال القرطبي ايضا : واختلفوا فى وجه إضافة المال

«١» الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٣٨٨

«٢» الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٣٢.

إلى المخاطبين على هذا وهي للسفهاء، فقيل : إضافتها إليهم، لأنها بأيديهم وهم الناظرون فيها فنسبت إليهم اتساعا، كقوله تعالى : « فسلموا على أنفسكم » وقوله: « فاقتلوا أنفسكم »، وقيل : إضافتها إليهم؛ لأنها من جنس أموالهم ؛ فإن الأموال جعلت مشتركة بين الخلق تنتقل من يد إلى يد ، ومن ملك إلى ملك ، أى هي لهم إذا احتاجوها كأموالكم التي تقي أعراضكم وتصونكم وتعظم أقداركم، وبها قوام أمركم . وقول ثان قاله أبو موسى الأشعرى وابن عباس والحسن وقتادة : أن المراد أموال المخاطبين حقيقة . قال ابن عباس: لا تدفع مالك الذى هو سبب معيشتك إلى امرأتك وابنك وتبقى فقيرا تنظر إليهم وإلى ما فى أيديهم ؛ بل كن أنت الذى تنفق عليهم . فالسفهاء على هذا هم النساء والصبيان وصغار ولد الرجل وامرأته . أما ما يروى من بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم مال معاذ، رضي الله عنه فقد كان برضاه؛ إذ لا يظن به أنه يكره بيع رسول الله، صلى الله عليه وسلم، ويتمنع بنفسه عن قضاء الدين. يؤيد ذلك أنه طلب من رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، أن يبيع ماله لينال بركته ، فيصير دينه مقضيا ببركته، كما روى عن جابر، رضي الله عنه ، أنه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديونا فطلب جابر من النبي، صلى الله عليه وسلم أن يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضيا وكان كما ظن .

ورد أبو حنيفة قياس الحجر على السفيه على منع تسليمه المال إذا بلغ سفيها، لأن المنع من تسلم المال منع من االتصرف فى المال ، والحجر تصرف على النفس ، والنفس أعظم خطرا من المال فثبوت أدنى الولايتين لا يدل على ثبوت أعلاهما. على أن منع السفيه عن ماله فيه نظر له، لأنه يقلل من السفه (وهو التبذير) لأن السفه غالبا يجرى فى الهبات والتبرعات ، فإذا منع منه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه. فأما المعاوضات فلا يغلب فيها السفه فلا حاجة إلى الحجر لتقليل السفه والسفه ممكن تقليله بعدم الحجر، وذلك بإبعاد المال عن يده . ومن هنا يصبح الحجر على السفيه ضررا به لإبطال أهليته

وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف، فلم يتضمن الحجر إبطال الأهلية.

دفع شبهة

ما روى عن أبي حنيفة، رحمه الله من إجازته الحجر على الكبير مما يفيد تناقضه مع رأيه فى هذا الموضوع ليس على ظاهره فقد نقل عنه، رضى الله عنه، أنه كان لا يجرى الحجر إلا على ثلاثة، المفتى الماجن، والطبيب الجاهل، والمكارى المفلس إذ ليس المراد من هذا القول حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف. بدليل أن المفتى الماجن إذا منع من الفتوى، وأفتى وأصاب فى الفتوى جاز، ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز. وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل ذلك على أن أبا حنيفة ما أراد بقوله المذكور الحجر حقيقة. وإنما أراد به المنع الحسى. أى يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا: لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر: لأن المفتى الماجن يفسد أديان المسلمين، والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين، والمكارى المفلس يفسد أموال الناس فى المفازة. فكان منعهم من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، لا من باب الحجر. فلا يلزمه التناقض. فالسفيه ونحوه لا يحجر عليه عند أبى حنيفة ولو حجر القاضى عليه لم ينفذ حجره عند أبى حنيفة، رحمه الله، فإذا تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده[1].

تنبيه

إجازة الصاحبين الحجر للسفه ليس على الإطلاق بل هو فى التصرفات التى تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والاقرار بالمال ونحو ذلك فلا يعمل الحجر ويؤثر عندهما إلا فى حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ١٦٩ وتكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣١٤

والاكراه . وأما مالا يحتمل الفسخ كالعتاق ، والنكاح بمهر قدر مهر المثل ، والوصية والموافقة لوصايا أهل الصلاح من ثلث ماله ، والأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص فلا فالحجر لايؤثر فى هذه الأمور بالإجماع .

القضاء وزوال الحجر

قال الإمام محمد رحمه الله : يزول الحجر بزوال السفه من غير حاجة إلى قضاء برفعه وقال أبى يوسف لايزول الحجر إلا بالقضاء برفعه .

القول الراجح فى المذهب

والقول الراجح فى المذهب هو جواز الحجر للسفه والغفلة صرح بذلك فخر الإسلام فى أصوله ، وقال الكمال بن الهمام فى تحريره الأحب إلى قولهما ويقصد قول الصاحبين . وصرح الإمام قاضيخان بأن الفتوى على قولهما(١) .

التنظيم القانونى للحجر

نظم القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ الأحوال التى يحكم فيها بالحجر ، وذلك فى المادة (٦٧) إذ نصت على الآتى :

(م ٦٥) يحكم بالحجر على البالغ للجنون . أو للعته ، أو للسفه ، أو للغفلة . ولا يرفع الحجر إلا بحكم . وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون .

والواضح من المادة المذكورة أنها أخذت بمذهب جمهور الفقهاء وصاحبى أبى حنيفة ، وأنها عدلت عن الأخذ برأى أبى حنيفة حيث أوجبت على المحكمة أن تحكم بالحجر على البالغ للعته ، وللسفه، وللغفلة . وأنها أخذت برأى أبى يوسف فى أن الحجر لابد وأن يكون بقرار قضائى .

---

(١) حاشية الدرر للمولى عبدالحليم ج٢ ص ١٦٥ ، ١٦٦

أقسام الجنون .

١ ــ الجنون إما جنون مطلق .

٢ ــ وإما جنون متقطع .

٣ ــ وإما جنون جزئى .

١ ــ الجنون المطلق : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئا . وهو الجنون الكلى المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان ، أو مصاحباً له من وقت ولادته .

٢ ــ الجنون المتقطع : وهو الجنون الذى لا يعقل صاحبه معه شيئا، ولكنه جنون غير مستمر . فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه تارة أخرى . فإذا أصابه فقد عقله تماماً . وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو كالجنون الكلى إذا أصاب صاحبه يزيل مسئوليته ــ لكنه إذا ارتفع وعاد لصاحبه إدراكه صار مسئولا جنائياً عما ارتكبه من جرائم حال إفاقته .

٣ ــ الجنون الجزئى : هو فقدان الإدراك فى ناحية أو نواح عدة من تفكير المجنون مع بقائه متمتعاً بالإدراك فى غيرها من النواحى . بمعنى أن الشخص فيما عدا ناحية خاصة من تفكيره نجده سليم القوى العقلية لكنه تتملكه مثلا فكرة خاطئة أو اعتقاد باطل، فيترتب عليه نتائج عديدة، وذلك كمن يعتقد أن له حقاً فى العرش أو رئاسة الجمهورية ، أو أن عدواً خفياً يطارده ، وقد يصحب هذا النوع من الجنون الجزئى هذيان شديد، ويتوهم المجنون سماع أصوات ورؤية أشباح غريبة . وقد يؤدى هذا التفكير المختل إلى ارتكاب جرائم . ويرى فقهاء التشريع الجنائى انعدام المسئولية الجنائية على المجنون جنوناً جزئياً فى حالة ارتكابه جرائم متعلقة بهذا

التفكير المختل . أما الجرائم الأخرى التى لا علاقة لها بتفكيره المختل إذا ارتكبها فالراجح عندهم أنه يسأل عنها جنائياً .

والمادة ٦٥ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أوجبت على المحكمة المختصة الحكم بالحجر على المجنون سواء أكان جنونه جنوناً مطلقاً أم متقطعاً أم جزئياً ، وهذا هو ظاهر المادة المذكورة .

العتـــه

عرف الفقهاء المعتوه بأنه من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، سواء أكان ذلك من أصل الخلقة أم لمرض طارىء . فالعته أقل درجات الجنون . وأكثر الفقهاء على أن المعتوه حاله كحال الصبي المميز. وبعض آخر من الفقهاء يلحقون المعتوه ، فى بعض حالاته ، بالصبي غير المميز [1].

قال الإمام الكردى العته آفة تنقص العقل حتى صار كلامه بين كلام المجنون والعاقل ، مستقيم البعض، مختلط البعض وكذا سائر أفعاله .

السفه

السفيه هو المفسد للمال بالصرف فى الوجوه الباطلة . فالسفيه كامل العقل ولكنه لا يجرى على مقتضاه لسفه . ويفرق بين السفية والمعتوه بأن المعتوه ناقص العقل فيكمل تارة فحينئذ يلحق بالعاقل ، وينقص تارة فيلحق بالمجنون لا بالسفيه ، لأنه ليس فى عقل السفيه نقصان أصلا [2] .

الغفـــلة

ذو الغفلة ويقصد به الفقهاء الانسان الذى يتغفل فى التجارات أى يغبن فيها ولا يصبر عنها لسلامة قلبه وقد قال الصاحبان بالحجر عليه لأن فيه

(١ ، ٢) حاشية الدرر للمولى عبد الحليم ج ٢ ص ١٦٤

مصلحة له و ستدلا لذلك بقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ، ولأنه فى حكم السفيه لأنه يتلف ماله . وقد اعترض المانعون لجواز الحجر عليه بما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فإنه ماحجر على حبان ابن منقذ وكان يغبن فى التجارات بل قال له الرسول صلى الله عليه وسلم: « قل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام[1] » .

الحجر لا يرفع إلا بحكم

نصت المادة السابقة على أن الحجر لا يعتد به إلا إذا صدر به قرار من المحكمة المختصة ، كذلك لا يرفع الحجر إلا بقرار من المحكمة ، وذلك ضمانا لحقوق الناس الذين قد يتعاملون مع المحجور عليه . وتفريعا على ذلك فتصرفات المحجور عليه فى ماله مادام لم يصدر قرار من المحكمة برفع هذا الحجر ... تظل هذه التصرفات مهدرة ، ولا أثر لها حتى ولو كانت صادرة فى وقت زالت فيه أسباب الحجر ؛ لأن القاعدة القانونية أن الشىء لا يزول إلا بمثله أو بما هو أقوى منه ، فالحكم لا ينقضه إلا مماثل له فى قوته أو بانتهاء أثره كما أن القانون لا يلغيه إلا قانون مثله .

القيم

نصت المادة (٦٥) على أنه فى حالة صدور قرارا من المحكمة بالحجر لسبب من الأسباب الواردة فيها يتعين على المحكمة أن تصدر قرارا بتعيين قيم يتولى شئون المحجور عليه وأحالت تفاصيل تعيين القيم إلى مانص عليه فى هذا القانون (القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢) .

ثم جاءت المادة (٦٩) فأبانت أن الشروط الواجب توافرها فى القيم هى الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وأن مانصت عليه المادة (٢٧)

(١) تكملة فتح القدير جـ٧ ص ٣٢٢

من هذا القانون خاصاً بمن لا يعين وصيا يجب أن تطبق فيمن يعين قيما على المحجور عليه واستثنت

١ ـ الابن ، أو الأب ، أو الجد، المحكوم عليهم فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، سواء انقضت على تنفيذ العقوبة مدة خمس سنوات أو أقل، بشرط أن ترى المحكمة أن مصلحة المحجور عليه تستدعى تعيين واحد منهم قيما عليه .

٢ ـ الابن، أو الأب ، أو الجد ، المحكوم بإفلاسه سواء حكم برد اعتباره أو لم يحكم، بشرط أن ترى المحكمة أن المصلحة داعية إلى تعيينه قيما على المحجور عليه .

نفقة المحجور عليه :

قررت المادة (٦٦) أن النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ماعداها ، ومعنى ذلك أنها تقدم على كل ديونه وكل حقوق للغير .

حق المحجور عليه فى تسلم أمواله

أجازت المادة السابعة والستون للمحجور عليه للسفه، أو للغفلة، بإذن من المحكمة، أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون . وواضح من ظاهر نص المادة أن إذن المحجور عليه للسفه أو للغفلة بتسلم أمواله لإدارتها مشروط بالآتى :

١ ـ أن يكون سبب الحجر هو السفه ، أو الغفلة

٢ ـ أن يكون الإذن بالتسلم صادراً من المحكمة .

لا حق للقيم فى الإذن للمحجور عليه

وقد منحت المادة (٦٧) المحكمة الحق فى أن ، تأذن للمحجور عليه للسفه، أو للغفلة فى تسلم أمواله ، وقصرت هذا الحق عليها حيث لم تنص على أن هذا الحق لغيرها، كما نصت المادة (٥٤) على أن هذا الحق لولى القاصر دون حاجة إلى إذن من المحكمة بل الشرط أن يكون الإذن بإشهاد رسمى - فترك النص على هذا الحق للقيم يفيد قصره على المحكمة .

القيم لا يؤخذ رأيه

ويلاحظ أن المادة (٦٧) خلت من النص على سماع المحكمة لأقوال القيم عند شروعها فى إجابة المحجور عليه للسفه ، والغفلة، إلى طلبه أن يتسلم أمواله كما فعلت المادة (٥٥) من القانون، حيث أجازت للمحكمة. بعد سماع أقوال الوصى ، أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها .

الأحكام التى تطبق على المحجور عليه المأذون

وقد أحالت المادة (٦٧) فى الأحكام التى تطبق فى شأن المحجور عليه للسفه أو للغفلة الذى تسلم إليه أمواله إلى الأحكام التى تطبق على القاصر المأذون. وهى الأحكام الواردة فى المواد ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٤ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ — فعلى المحجور عليه المأذون فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى القيم ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوافر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها . وله أن يفى ، ويستوفى الديون المترتبة على أعمال الإدارة التى أذن له بمباشرتها. وليس له أن يؤجر أراضيه الزراعية ولا المبانى لمدة تزيد على سنة إلى آخر ما نص عليه فى المواد سالفة الذكر .

سحب الإذن من المحجور عليه

وتطبيقا لما ذكرته (المادة (٦٧) من أن الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون تسرى على المحجور عليه المأذون — يجوز للمحكمة إذا قصر المحجور عليه المأذون فى إدارة أمواله ، بأن لم يقم بتقديم حسابه السنوى للمحكمة ، أو خالف المحكمة ولم ينفذ تعليماتها فيما لو أمرته بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة ،أو أحد المصارف.أو أودع المال المتوافر من دخله المصرف أو الخزينة حسب قرار المحكمة بذلك ، لكنه ، بدون إذن من المحكمة، عاد فسحب ما أودعه كله أو بعضه ، ففى كل الحالات السابقة وما شابهها يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو أحد ذوى الشأن ، أن تحد من الإذن أو تسلبه من المحجور عليه بعد سماع أقواله.وكذلك للمحكمة استعمال هذا الحق إذا ماقامت بالمحجور عليه المأذون أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده . وتقدير خطورة هذه الأسباب على مال المحجور عليه المأذون أمر متروك تقديره لمحكمة الموضوع ، فللمحكمة أن تكيف الأمور وتستخلص الحقائق حسب ما يقدم لها من أدلة وقرائن. وعلى هذا الأساس تكون عقيدتها التى تبنى عليها قرارها .

الإذن للمحجور عليه بتسليم أمواله أمر جوازى

ويلاحظ أن الإذن للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بتسلم أمواله كلها أو بعضها هو أمر جوازى للمحكمة لا يجب عليها بنص القانون . فلها ان تستعمل هذا الترخيص أو لا تستعمله، حسب المصلحة التى تترجح لديها ، فاذا مارفضت المحكمة طلب المحجور عليه للسفه أو للغفلة أن يتسلم أمواله لإدارتها فلا يطعن على هذا القرار بمخالفته للقانون، لما ذكرنا .

حكم الشريعة

الغلام إذا بلغ خمسا وعشرين سنة

يرى أبو حنيفة أن السفيه يمنع من تسلم ماله إذا بلغ غير رشيد، حتى إذا بلغ سن الخامسة والعشرين فيسلم إليه ماله ولو لم يؤنس منه الرشد وقال إن المنع هنا عن تسلم المال قبل بلوغه هذه السن لا يفيد جواز الحجر؛ لأنه منع للتأديب وللنظر له، فإذا بلغ خمساً وعشرين عاما سلم له ماله؛ لأن الظاهر الغالب أنه لا يتأدب بعد هذا؛ ألا يرى أنه قد يصير جداً فى هذا السن، فلا فائدة من المنع. وقال أبو حنيفة: لو بلغ الصغير رشيدا، ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه، لأنه فى الحالة الأولى منع عنه المال؛ لأنه لما بلغ غير رشيد خيف أن يكون السفه من أثر الصبا. لكن هنا فى هذه الحالة قد بلغ رشيدا ثم صار سفيهاً فكان السفه بيقين وليس من أثر الصبا، فالصبا أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان. وقال الصاحبان: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد، لأن الدفع معلق على إيناس الرشد منه. قال تعالى: (فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) وقد رد أبو حنيفة على ذلك بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة، لصيرورة فروعه أصلا، فكان متناهياً فى الأصالة.

النفقة وحقوق الغير

تؤدى من مال المحجور عليه كل نفقات تلزم المحجور عليه، من طعام وكسوة وسكن أو للعناية بصحته، وكذا كل ما يجب أداؤه لإبراء ذمته من حقوق الله أو حقوق العباد، وكل ما كان من حوائجه الأصلية.

قال صاحب الهداية وإن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل، ولأنه من حوائجه الأصلية. وإن سمى لها مهرا، جاز منه مقدار

مهر مثلها ؛ لأنه من ضرورات النكاح ، وبطل الفضل ؛ لأنه لاضرر منه . وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة ، وصار كالمريض مرض الموت. ولوطلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله، وتخرج الزكاة من مال السفيه ؛ لأنها واجبة عليه ، وينفق على أمواله وزوجته ، ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه ؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه. والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة، لكن يبعث أميناً معه كى لا يصرفه فى غير وجهه . وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه ، لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ، لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ، ولا يسلم القاضى النفقة إليه ، ويسلمها إلى ثقة من الحجاج ينفقها عليه فى طريق الحج، كى لا يتلفها فى غير هذا الوجه . ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف مازاد على مرة واحدة من الحج[1] .

المقارنة

يتضح مما سبق أن القانون قد أخذ برأى صاحبى أبى حنيفة فى جواز الحجر للسفه والغفلة ، وعدل عن رأى أبى حنيفة فى هذا الموضوع . وأخذ برأى أبى حنيفة فى عدم جواز الحجر للدين ، ولم يأخذ برأى الصاحبين فى هذا الأمر .

أما النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه . فالقانون قد حددها فى أمور العناية بالمحجور عليه. والظاهر أنها النفقات الضرورية لحفظ حياته وكيانه

(١) تكملة فتح القدير ج٧ ص٣١٧

(١) الهداية وتكملة فتح القدير ج٧ ص ٣٢٠ ، ٣٢١

الشخصى ، بينما الفقه الإسلامى قد أطلق فشمل النفقات اللازمة للعناية به من هذه النواحى كلها ، وشمل أداء ما عليه من حقوق لله سبحانه وتعالى كالحج .

وقد يتأول فى فهم القانون فتشمل المادة (٦٦) كل ماشمله الفقه الإسلامى فى هذه الناحية ، بذلك يكون الأمر محل اتفاق بين الشريعة والقانون .

أما تسلم المحجور عليه أمواله كلها أو بعضها لإدارتها فقد سبق بيان ذلك فى مسألة الصبى، قال صاحب العناية: « والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى ، يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصى دون غيرهم من الأقارب كالابن للمعتوه ، والأخ ، والعم دون القاضى ، فإن لا ولاية على المعتوه على ما بيناه، يعنى قوله وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الأب والجد الخ وحكمه حكم الصبى إذا بلغ معتوها . فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب فى التجارة ، قال أبو بكر البلخى، رحمه الله: لا يصح قياساً وهو قول أبى يوسف. ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله [1] .

ويلاحظ أن القانون لم يجز للمحكمة أن تصرح للمحجور عليه لأى سبب من أسباب الحجر المعتبرة قانوناً ؛ أن يباشر أعمال التجارة ، بينما أجاز الفقه الإسلامى للأب أو الجد أو الوصى أن يأذنوا للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بالتجارة على حسب ما بيناه من تفرقة بعض الفقهاء بين الغلام الذى بلغ معتوهاً ، والغلام الذى بلغ عاقلا ثم عته .

كذلك نجد أن القانون جعل الإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله من حق المحكمة وحدها ، وسكت عن حق القيم فى هذا الإذن . بينما الفقه الإسلامى أعطى هذا الحق للأب ثم للجد ثم للوصى(١).

---

(١) العناية على هامش تكملة فتح القدير جـ٧ ص ٣٦٠

(١) تكملة فتح القدير جـ٧ ص ٣٦٠ والعناية على هامشه ذات الجزء والصفحة .

تصرفات المحجور عليه غير المأذون

أحكام القانون

المجنون

أهلية المجنون معدومة؛ لأنه فاقد التمييز. وتصرفاته القانونية تقع باطلة: لانعدام الإرادة. وإلى هذا تشير المادة (١١٤) من القانون المدنى؛ إذ تنص على ما يأتى :

١ - «يقع باطلا تصرف المجنون، والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها».

وتصرف المجنون بعد تسجيل الحجر باطلة. وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا. ويلاحظ أن تصرف المجنون، قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر، إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة؛ لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها[1].

المعتوه

المعتوه إما أن يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة، شأنه فى ذلك

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد (مصادر الالتزام) ص٢٨٠

شأن الصغير غير المميز والمجنون[1]. وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية الصبي المميز .

ذو الغفلة والسفيه

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدنى على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو السفيه، بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » ويتضح من النص المذكور أن ذا الغفلة والسفيه إذ تصرفا بعد تسجيل قرار الحجر فأهليتهما ناقصة كأهلية الصبي المميز فتثبت لهما أهلية الاغتناء . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف فتتقيد بالقيود التى سبق ذكرها فى الصبي المميز ، أما أهلية التبرع فتنعدم . واستثنى فى أهلية التصرف ، نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية فهذان يكونان صحيحين إذا صدرا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنته المحكمة فيهما .

وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم ؛ إذ تنص على أن « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

أما الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مدنى فنصت على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته . ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٥٣ سنة ١٨ قضائية) .

أما تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر فهى، فى الأصل، صحيحة ؛ لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافا لرأى الإمام محمد الذى يرى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادىء العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلا[١] . لكن لو تواطأ السفيه مع الغير ، أو حاول أحد استغلال ظروفه فعمد السفيه ، أو ذو الغفلة ، الذى يتوقع أنه سيحجر عليه، إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو إذا انتهز الغير هذه الفرصة فاستصدر من السفيه أو ذى الغفلة تصرفات ابتز بها أمواله — فهذا التصرف يقع باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف ، أو أعمال الإدارة ، وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى ونص عليه فى الفقرة الثانية من المادة (١١٥) مدنى[٢]

---

(١) يراجع حكم محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المنشور بمجلة المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧

(٢) قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه ، وفى فترة طلب الحجر، واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم، كى لا ينكشف أمرهم وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه، لكى يتم لهم بيع العين قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر، فانقاد لهم حتى يقبض الثمن منهم قبل غل يده ، ثم قضت بإبطال التصرف، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هذا على مقدمات منتجة . وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للإثراء من ماله، حين كانت الاجراءات القانونية تتخذ لحمايته . ومتى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع ، فى إثبات علم المشترى بحالة سفه البائع، مؤدية عقلا إلى ما انتهت اليه من ذلك فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣)

كذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع، فلما علمت=

المساعدة القضائية

هناك حالات يحتاج فيها صاحب الأهلية الكاملة إلى من يقوم لمساعدته فى تصرفاته المالية، حتى يقوم بها على الوجه الأكمل ... وذلك نتيجة لإصابته ببعض العاهات أو قيام حالة مرضية به تجعله فى حالة عجز جسمانى شديد وتسلبه القدرة على التصرف تصرفاً كاملا . وقد نظم القانون ٩٩ سنة ١٩٤٧ فى مواده (من ٤٧ — ٤٩) مساعدة المصابين بعاهات ، مثل العمى والصمم والبكم ، أو من أصيبوا بمرض جعلهم فى حالة عجز جسمانى شديد كالشلل النصفى ، أو ضعف السمع والبصر ضعفاً شديدا

ثم صدر القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ فأبقى على أحكام القانون السابق وأضاف أحكاماً جديدة إليه حسب التفصيل الآتى :

لمن تكون المساعدة القضائية

نصت المادة (٧) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢، فقرة أولى، على أنه «إذا كان

= زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشترى إنذاراً أحذرته فيه من إتمام الشراء؛ لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ ونفذ الشراء بالعقد العرفى، عن طريق عقد رسمى، وقرر المجلس الحسبى، بعد ذلك، توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشىء البيع، بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه. (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥)

ومن هذا الحكم يبين لنا أن القضاء العالى قد استقر على أن التصرف إذا لم يتم بطريق التواطؤ والغش ، وصدر قبل الحكم بالحجر على المحجور عليه ، فإن تصرف المحجور عليه ، قبل صدور الحجر عليه ، يكون صحيحاً ، ونافذا .

الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه . بسبب ذلك، التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩) .

ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » .

والنص، بظاهره يفيد ما يأتى :

مدى سلطة المحكمة فى تعيين المساعد القضائى

الحالات التى يجوز للمحكمة أن تعين فيها لشخص ما مساعداً قضائيا هى:

١ — حالة إصابة الشخص بعاهتين من ثلاث عاهات هى العمى والصم والبكم ويتعذر مع وجودهما أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحا .

ونص المادة على هذه العاهات على سبيل الحصر فإذا أصيب الشخص بالصمم أو بالبكم ، أو بالعمى . أو كان أصم أو بكم فقط ثم تعذر عليه ، بسبب ذلك ، التعبير عن إرادته ، أو كان أصم أبكم لكنه كان يمكنه أن يعبر عن إرادته بطريق الكتابة ، مثلا ، فيكون النص غير منطبق عليه .

٢ — حالة إصابة الشخص بضعف جسمانى شديد يخشى معه من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله . وقد أطلق النص هنا يد المحكمة وجعل لها حرية تكوين عقيدتها فى حالة ضعف الشخص جسمانيا؛ هل يؤثر على تفكيره وتقديره للأمور، وبالتالى يؤثر على قدرته فى التصرف فى المال أو لا يؤثر؟ وهل حالته الجسمانية ، هذه ، تجعل انفراده بالتصرف فى ماله أمراً غير محمود العواقب أم لا . . . كل هذا جعله القانون من سلطة المحكمة وحسب تقديرها . بعكس الحالة الأولى حيث حدد النص الحالة المرضية التى إذا تحققت المحكمة من وجودها، جاز لها أن تحكم بتعيين مساعد قضائى للشخص المتحقق فيه هذه الحالة . ولا يجوز للمحكمة أن تجاوز مانص عليه فى الفقرة الأولى من المادة فقد

ذكرت هذه الأمراض على سبيل التحديد والحصر لا على سبيل المثال ، واشترط ، مع تحقق هذه الأمراض ، ان يكون من المتعذر على المصاب بها أن يعبر عن إرادته . . . .

كذلك جعل النص أمر تعيين المساعد القضائى أمرا جوازيا ، حينما قال جاز للمحكمة أن تعين مساعداً قضائياً ». وذلك لان تلافى الضرر الذى يحتمل حدوثه للشخص المطلوب تعيين مساعد قضائى له يمكن أن يتم عن طريق القانون العام « القانون المدنى » ، ولأن تقدير احتمال الضرر المالى للشخص المعنى فى المادة المذكورة مبنى على تقدير المحكمة، فلها، حسب تقديرها، أن تحكم بما تراه، إما بتعيين مساعد قضائى أو برفض طلب التعيين .

سلطة المساعد القضائى

أوضحت المادة (٧٠) من القانون مهمة المساعد القضائى فبينت أنه لا يعتبر ولياً على من عين مساعداً له ، ولا وصيا عليه، ولا وكيلا عنه ، بل هو معاون له، يشترك معه فى التصرف. ثم حددت التصرف الذى له الحق أن يشترك معه فيه؛ فنصت على أنه يعاونه فى التصرفات الواردة فى المادة (٣٩) وبيانها هو الآتى :

أولا ـ جميع التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله .وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ثانياً ـ التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

ثالثاً ـ الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

رابعاً ـ حوالة الحقوق والديون ، وقبول الحوالة .

خامساً ـ استثمار الأموال وتصفيتها .

سادساً ـ اقتراض المال وإقراضه .

سابعاً ـ إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

ثامناً ـ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

تاسعاً ـ قبول التبرعات المقترنة بشرائطها أو رفضها .

عاشراً ـ الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو القاصر.

حادى عشر ـ رفع الدعاوى إلا مايكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

ثانى عشر ـ التنازل عن الحقوق والدعاوى ، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

ثالث عشر ـ التنازل عن التأمينات وإضعافها .

رابع عشر ـ التعليم المحتاج للنفقة والإنفاق لمباشرة مهنة معينة .

خامس عشر ـ مايصرف فى الزواج .

انفراد المحكوم بمساعدته فى التصرف

إذا اختلف المساعد القضائى مع من عين لمساعدته فامتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة

فى إبرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها المحكمة فى قرارها . (الفقرة الثانية من المادة ٧١) .

انفراد المساعد القضائى بالتصرف

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (٧١) على أنة إذا تبين للمساعد القضائى أن فى عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين سوف يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد القضائى فى هذه الحالة، أن يرفع الأمر للمحكمة التى أصدرت قرارها بتعيينه ليتصرف وفق توجيهاتها. وللمحكمة، فى هذه الحالة، بعد أن تحقق الأمر وتتبين وجه الحقيقة ،أن تأمر بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف موضوع البحث وأن تحدد له مدة لذلك .

أما إذا اختلف المساعد القضائى مع من عين لمساعدته وطلب المحكوم بمساعدته قضائياً من المحكمة الإذن له بإجراء التصرف منفرداً وتبين للمحكمة سلامة موقف المساعد القضائى فإن المحكمة لا تجيبه إلى طلبه ؛ لأن النص فى المادة المذكورة (٧١) نص استثنائى من النص الوارد فى المادة (٧٠) فيقتصر على ما ورد به النص ، دون زيادة عليه . ولذلك فلايجوز لمن تقررت له المساعدة أن يبرم التصرف منفرداً ، وإلا كان تصرفه هذا قابلا للإبطال[١] .

---

(١) نص القانون المدنى فى المادة (١١٧) على ما يأتى :

١ ـ إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك ، التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ ـ ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا غير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرا المساعدة .

وألزمت المادة (٧٢) المساعد القضائى ما ألزمت به الوصى المادة (٥٠) من القانون . وبالرجوع إلى المادة (٥٠) نجد أنهـا ألزمت الوصى ، خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد ، وإلى ورثته، أو إلى الولى أو الوصى المؤقت، على حسب الأحوال. وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور، صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال

نيابة المساعد القضائى عن المحكوم بمساعدته

إذا كانت المادة ٧١ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ قد نصت على أن سلطة المساعد القضائى إنما هى فى الاشتراك مع المحكوم لمساعدته قضائيا فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩) ومن ثم فلا يعتبر نائباً عن المحكوم لمساعدته وبالتالى لا يجوز له الانفراد بالتصرف إلا فيما نص عليه فى الفقرة الثالثة - فقد استثنت المادة (٧٣) حالات معينة ونصت على ان المساعد القضائى يعتبر فيهـا فى حكم النائب، وهى :

١ — التقادم القصير — والتقادم بالمدة الطويلة

فقد نصت المادة (٧٣) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ على اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٨٠ من القانون المدنى ، ونصها :

« مادة ١٨٠ — تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض. وتسقط الدعوى، كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فية هذا الحق .

ولتوضيح هذه المادة نقول :

إذا أصاب شخص افتقار، واغتنى غيره على حسابه بلا سبب قانونى يبرر

هذا الاغتناء، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتقر، سواء اقترن افتقاره بإهمال منه أولم يقترن . وإنما وجب التعويض ؛ لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع . فإذا رفع المفتقر دعوى يطالب بها الذى أثرى على حسابه بلا سبب مشروع بتعويض عما لحق به من افتقار فى حدود ما نال المدعى عليه من إثراء ـ ودفع المدعى عليه الدعوى بالتقادم لمرور ثلاث سنوات على ما يدعيه المدعى، وأنه يطلب لذلك تطبيق المادة (١٨٠م) لأنه علم بحقه فى المطالبة بالرد ، أو بالتعويض منذ ثلاث سنوات ، وأن المادة المذكورة تتقادم بأقصر المدتين وهما :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . أى علم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام .

فالمادة قد اشترطت علم المدعى بحقه فى المطالبة برد ما أخذه المدعى عليه منه بلا سبب مشروع ، أو علمه بأن له حقا فى التعويض فى حدود ما نال من أثرى على حسابه بلا سبب مشروع . فمن حق المدعى عليه، فى هذه الحالة، أن يتمسك بالدفع الذى نصت عليه المادة (١٨٠ مدنى) قبل المدعى المحكوم بمساعدته إذا كان مساعده القضائى قد علم بافتقار المحكوم بمساعدته وبحقه فى استرداد ما أخذ منه وعلم بمن أثرى على حسابه وقد اعتبرت المادة (٧٣) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ ، المساعد القضائى ، فى هذه الحالة ، بمثابة النائب عن المحكوم بمساعدته قضائيا.

التقادم بين الأصيل والنائب

كذلك اعتبرت المادة (٧٣) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ المساعد القضائى بمثابة النائب عن المحكوم بمساعدته فى تطبيق أحكام المادة ٣٨٢ مدنى ، ونصها هو الآتى :

« مادة ٣٨٢ م

١ ـ « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

٢ ـ ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو فى حق الغائب، أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً .

٣ ـ التأمين

ونصت المادة ٧٣ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ أيضاً على اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المادة ٧٤٩ م ونصها :

«مادة ٧٤٩ مدنى ـ يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين » .

الغيبة

معنى الغيبة

الغيبة هى غياب الرجل عن بلده الذى يقيم فيه . وهى بهذا المعنى تشمل الغائب المفقود الذى لا تدرى حياته من موته . والغائب غير المفقود .

وقد تضمن القانون ١١٩ سنة ٩٥٢ أحكاما منظمة للشئون المالية لكلا النوعين تفصيلها هو الآتى :

«مادة ٧٤ ـ تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب، كامل الأهلية ،فى الأحوال الآتية ، متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه :

أولا ـ إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته .

ثانيا ـ إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة ، أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية . واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه ، أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها» .

فالمادة المذكورة أوجبت على المحكمة أن تقيم وكيلا عن الغائب، كامل الأهلية . وبالرجوع إلى المادة (٥١) من قانون المحاكم الحسبية الملغى نجده قد عرف الغائب فيها بالآتى :

الغائب: «هو كل شخص، كامل الأهلية، لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ،ولكنه هجر موطنه، راضيا أو مرغما ، وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شئونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره» .

ويتبين من ذلك النص الملغى أن الغائب شخص كامل الأهلية ، وأن القانون استعمل لفظ الغائب لا لفظ المفقود ؛ لأن اللفظ الأول ينطوى على معنى أعم من المعنى الذى ينطوى عليه اللفظ الثانى. فالمفقود فى الشريعة، كما سنبينه بعد ،هو من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أو ميت . أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٧٤ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ بضرورة أن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية إذا مضت على غيبته سنة فأكثر ،وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، بأن لم يوجد من يقوم بإحصاء أمواله . وصيانتها ، وتحصيل الغلات والديون، واستثمار الأموال ، فى الحدود التى حددها القانون . وذلك فى حالتين :

الأولى

إذا اعتبر الغائب مفقودا، حيث لم تعرف حياته من موته كمن انقطعت

أخباره عقب حرب اشترك فيها، أو غرق سفينة كان ضمن ركابها ، أو طائرة كان أحد المسافرين عليها .

الثانية

إذا لم يعتبر مفقودا ، بأن كان يقيم داخل الجمهورية العربية المتحدة فى مكان اختفى فيه هربا من حكم صدر عليه بالسجن أو أمر باعتقاله أو كان لا يقيم داخل الجمهورية العربية المتحدة ، بل يقيم خارج حدودها فى مكان معلوم، لكن استحال عليه، لظروف قاسية،أن يتولى شئون نفسه بنفسه ، أو يشرف على من ينيبه عنه فى إدارتها، كمن كان فى مهمة خارج البلاد وأعلنت الحرب بين وطنه ودولة أخرى فأغلقت المطارات والموانىء ، وتعذر عليه الاتصال بوطنه ، ليتولى إدارة أملاكه أو الإشراف على من أنابه عنه فى إدارتها .

رقابة المحكمة على وكيل الغائب

نصت المادة ٧٥ — على أنه« فى حالة وجود وكيل عام عن الغائب كان قد أقامه بمعرفته قبل غيبته فإن المحكمة تحكم بتثبيت هذا الوكيل متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وفقا للمادتين ٢٧ ، ٢٨ من هذا القانون وإلا عينت غيره » . ومفاد هذا النص أن الغائب لو عين عنه وكيلا عاما ، فتحترم رغبته . وتحكم المحكمة بإقرار وتثبيت هذا الوكيل المختار لا مطلقا بل إذا كان مستوفيا للشروط التى حددها القانون بالنسبة لمن يعين وصيا فإذا لم يستوف هذا الوكيل هذه الشروط سواء أكان فاقدا لها كلها أم بعضها عند اختيار الغائب له ، أو طرأ ذلك بعد غيبته، فإن واجب المحكمة، بنص القانون، فى هذه الحالة، أن تعين غير هذا الوكيل . وتلغى توكيل الغائب له، تحقيقا لمصلحة الغائب . كذلك لا يثبت هذا الوكيل إلا إذا كان

اختياره بورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على توقيع الغائب (الموكل) فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

انتهاء الغيبة

تعرضت المادة (٧٦) لحالة انتهاء الغيبة فأبانت بأن الغيبة تنتهي وتزول الآثار التي ترتبت عليها بزوال سببها، كأن يحضر الغائب أو يعلم محل إقامته ، أو يستطيع إدارة شئونه بنفسه أو الإشراف على من أنابه لإدارتها أو يموت ، أو يحكم بموته من الجهة المختصة وهي محكمة الأحوال الشخصية .

رأى الفقه الاسلامى

قال فقهاء الأحناف :

المفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت[1].

وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع؛ منها: أن القاضي يحفظ ماله فيقيم من ينصبه للحفظ ؛ لأنه مال لا حافظ له؛ لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظه عليه القاضي، نظراً له ، كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي له ، ومنها: أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه، لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه ؛ لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظاً بحفظه معنى ، فلا حاجة إلى حفظ القاضي. ومنها: أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالماً بالزوجية ؛ لأن الإنفاق عليها إحياء لها ، فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه ، كما يملك حفظ ماله . ومنها: أنه ينفق من ماله على أولاده

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٩٦ .

الصغار الذكور والإناث، وعلى أولاده الفقراء، الزمنى من الذكور، والفقيرات من الإناث سواء كن زمنى أو لا، وعلى والديه المحتاجين إن كان عالماً بالنسب؛ لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبضعية، إحياء لهم، وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم معنى، وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي. وإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا فى يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فأقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب، أنفق عليهم من ذلك المال؛ لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها. إذا ظفرت به، قدر ما يكفيها. قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان «خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف» فإذا أقر أن هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ. وكذا فى الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذ أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ. وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه رضى الله عنهم. وعند زفر، رحمه الله. ليس للقاضى ذلك لكونه قضاء على الغائب وقد رد هذا القول بأن هذا ليس من باب القضاء على الغائب، بل هو من باب النظر للغائب. وللقاضى ولاية النظر للغائب.

القاعدة فى هذا الامر

قال صاحب كتاب البدائع: والأصل أن كل مال ثبت حق الأخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضى له أن ينفق منه، وما لا يثبت حق الأخذ منه إلا بقضاء. ليس للقاضى أن ينفق منه[1].

بيع الأب العقار والمنقول

واختلف فقهاء الأحناف فى بيع الأب منقول ابنه الغائب لسداد نفقة عليه من غير إذن القاضى. فقال أبو حنيفة: له أن يبيعه من غير أمر القاضى وقال الصاحبان ليس له ذلك الا بإذن القاضى. أما بيع الأب عقار الغائب فى النفقة بدون أمر القاضى فاتفق الإمام وصاحباه على عدم جوازه[2].

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٩٧ (٢) المصدر السابق.

وكيل الغائب :

حدد فقهاء الأحناف مهمة وكيل الغائب الذى يعينه القاضى بأن عليه ان يحفظ للمفقود ماله ويقوم عليه لأن القاضى نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر بنفسه والمفقود بهذه الصفة، وصار كالصبي والمجنون، وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له . ويستوفى حقه من قبض غلاته والدين الذى أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ. ويخاصم فى دين وجب بعقده هو، لأنه أصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ، ولا فى نصيب له فى عقار أو عروض فى يد رجل ؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه. إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف . كذلك ليس لوكيل الغائب الذى نصبه القاضى لحفظ ماله الخصومة عن الغائب فى أى حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه؛ لأنه، كما قلنا، ليس بمالك ولا نائب. إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى فقط .

ولهذا كان حكم القاضى بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب ، لايجوز ؛ لأن القضاء يقطع الخصومة ، والخصومة من الغائب غير متصورة . فلو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو وديعة أو شركة فى عقار أو رداً بعيب ، أو مطالبه لاستحقاق لاتسمع الدعوى ، ولا البينة لأنهما إنما يسمعان على خصم ، والوكيل ليس خصما . والورثة إنما يصيرون خصما بعد موت المورث، والمفقود لم يظهر معرفة حاله بعد، فيكون، فى ذلك ،قضاء على الغائب والقضاء على الغائب لايجوز ،إلا إذا رأى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب ، وعليه فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه[1]

---

(١) فتح القدير — والعناية بهامشه ج ٥ ص ٤٤٠

المقارنة

التنظيم الذى وضعه القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ لرعاية احوال الغائب الذى لم يعرف أهو لايزال على قيد الحياة أو مات، ولم يحكم بموته لاتختلف أحكامه ولا تصطدم مع ماقرره الفقه الإسلامى، فقدوضع القانون المذكور، كما أوضحنا فيما سبق، أحكاما للغائب والمفقود حسب تعبيره نظم بها أموره ونص على تعيين وكيل عنه إذا لم يكن قد ترك وكيلا عنه قبل غيبته مستوفيا للشروط الواجب توافرها فى الوصى ،والا عينت المحكمة غيره، فقدأوجب القانون احترام إرادة الغائب فى هذه الحالة إلا إذا ظهر ان فى ذلك ضررا عليه .

وكذلك فعل الفقه الإسلامى فقد أمر باحترام إرادة الغائب حين يترك وكيلا عنه كان قد أقامه قبل غيبته . ولم يجعل الفقهاء للفقد تأثيرا على عقد التوكيل يقضى إلى الإلغاء الإلضرورة الحفاظ على مال الغائب. وأوجب الفقهاء على القاضى إقامة وكيل عن الغائب فى حالة عدم تركه وكيلا. وحددوا سلطة الوكيل فى الحالتين ومدى ماله من حقوق فى التصرف . ولا يفترق حكم الفقه الإسلامى عن حكم القانون فى الأسباب الموجبه لانتهاء الغيبة .

أحكام مشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة

ختم القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ مواده بالمواد التى ذكرها فى الباب الثالث منه تحت عنوان أحكام مشتركة — وجعل هذه المواد تشمل أحكاما مشتركة فى الوصاية ، والقوامة ، والغيبة وتعيين المشرفين مع الأوصياء ، وتحديد مراكزهم ، وإنهاء إشرافهم ، وفى بيان الجزاءات التى يجوز للمحكمة أن أن توقعها على الأوصياء ، ومن هم فى حكمهم . وقد استوعب القانون هذه التنظيمات كلها فى المواد من رقم ٧٧ الى ٨٨ . وبيانها تفصيلا فيما يلى :

الزمن

نصت المادة (٧٧) على وجوب حساب المدد المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادى . ومعنى ذلك أن يراعى، عند تقرير انتهاء الوصاية قانونا ببلوغ الصبي ٢١ عاما، أن يكون قد بلغها باعتبار التقويم الميلادى . وقد خالف القانون بما قرره فى المادة (٧٧) الفقه الإسلامى ، الذى يرى حساب السن بالشهور القمرية . وفيما يختص بالشرط المنصوص عليه فى المادة (٧٤) من القانون وهو انقضاء سنة أو أكثر على غياب كامل الأهلية حتى يعين وكيل عنه ، يجب أن تكون السنة التى انقضت، من بدء غيابه، سنة ميلادية. وكذلك اشترط فى المادة (٥٤)، فى الصبي الذى يؤذن له بتسلم أمواله لإدارتها أن يبلغ ثمانية عشر عاما (إذ يجب أن تكون هذه السن محسوبة بالتقويم الميلادى) وما اشترطه القانون فى المادة(٥٨) ومن ضرورة تقديم المأذون له فى الإدارة حسابا سنويا يجب أن تحسب السنة أيضا بالتقويم الميلادى ... وهكذا .

مركز القوام ووكلاء الغائبين

وأبانت المادة ٧٨ مركز القوام والوكلاء عن الغائبين وأحالت ، فى تحديد ذلك، إلى المواد التى قررت مراكز الأوصياء فى هذا القانون . ومفاد ذلك أنه تطبق على القوام ووكلاء الغائبين الأحكام والقواعد التى تطبق فى شأن الأوصياء من تعيين ، وعزل . وأجر ، وتصرف ، ومحاسبة وتعدد ـ واختصاص . وإنهاء ، وانتهاء ، بالقدر الذى يتلاءم مع طبيعة القوامة والوكالة وفى حدود أعمال كل واحد منهما .

قسمة مال الغائب والمحجور عليه

نصت المادة (٧٩) على أن الأحكام والقواعد والضمانات المقررة فى شأن قسمة أموال القاصر تسرى فى حال قسمة أموال الغائبين ، والمحجور

عليهم، فلا بد أن يستأذن القيم ووكيل الغائب المحكمة المختصة فى القسمة . وعلى المحكمة حينما تبين الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات التى تتبع . أو إذا ما عرض عليها عقد القسمة — أن تقدر مدى الضرورة إلى الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية. وفى حالة الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية يتبع ما نص عليه فى المادة ٤٠من هذا القانون من ضرورة تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ... إلى آخر ما ذكرته المادة المذكورة ، وأوضحناه تفصيلا .

رأى القانون المدنى

اشترط القانون المدنى ١٣١ سنة ١٩٤٨ فى المادة ٨٤٠ تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا، فقد نصت على أنه « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية . وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » وألزمت المادة ٨٣٥ مدنى الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها — إذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية — أن يراعوا الإجراءات التى يفرضها القانون .

المشرف

التنظيم القانونى للإشراف

تعرض القانون ١٩٥٢/١١٩ لنظام الأشراف فى المواد من ٨٠ — ٨٣ حيث نصت المادة ٨٠ منه على أنه يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختارا. وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب. والنص صريح فى أن حق تعيين المشرف قاصر على المحكمة . وقيد القانون هذا بما قيد به تعيين الأوصياء ؛

فالمحكمة عليها أن تلتزم، فى تعيين المشرفين بما نص عليه فى المادة ٢٧من هذا القانون . ويفهم ذلك من الرجوع إلى المواد ٧٨ ، ٨٢ من القانون .

سلطة المشرف

أوضحت المادة ٨١ إختصاصات المشرف ؛ فنصت على أن مهمته هى مراقبة النائب عن عديم الأهلية فى إدارته وأعماله، وصيا كان ، أو قيما ، كما يراقب الوكيل عن الغائب فى إدارته وأعماله ؛ فمهمة المشرف تنحصر فى الرقابة ، والتوجيه لا الاشتراك فى الإدارة. وأن عليه إبلاغ المحكمة أو نيابة الأحوال الشخصية (حيث هى المختصة بشئون عديمى الأهلية ومن ينوب عنهم)بكل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليها .

كذلك قررت الفقرة الثانيه من المادة المذكورة إلزام النائب عن عديم الأهلية ، والوكيل عن الغائب إجابة المشرف إلى ما يطلبه من إيضاحات عن إدارة الأموال، وتمكينه من فحص المستندات والأوراق الخاصة بهذه الأموال حتى، يستطيع أن يؤدى واجبه على الوجه الأكمل .

وأوجبت الفقرة الثالثة، من المادة، على المشرف أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب إذا خلا مكان أحدهم بالموت أو بالاستقالة،أو بإخراج المحكمة،لسبب من الأسباب الموجبة لذلك.

وأشارت الفقرة المذكورة إلى أنه إلى أن يقوم النائب الجديد عن عديم الأهلية ،أو الوكيل عن الغائب الجديد بعمله يقوم المشرف، من تلقاء نفسه، بالأعمال التى يكون فى تأجليها ضرر ، كبيع المحاصيل التى فى تأخير بيعها تعريض لها للتلف ، أو رفع الطعون فى الأحكام المحدد لرفع الطعن عنها أجل قصير هكذا .

شروط المشرف

قضت المادة (٨٢) من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ بأنه «يسرى على المشرف — فيما يتعلق بتعيينه، وعزله، وقبول استقالته، وأجره عن عمله، ومسئوليته عن تقصيره — ما يسرى، من أحكام، على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال».
وبذلك تكون هذه المادة قد أحالت إلى المواد المتعلقة بتعيين القامة، والوكلا عن الغائبين. وواضح مما سبق بيانه، عند الكلام على الشروط الواجب توافرها فى القيم أنها هى الشروط الواجب توافرها فى الوصى، التى عليها المادتان ٢٧ و ٦٩ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ . وبالرجوع إلى المادة (٧٨) نجدها قد احالت أيضا الأحكام المتعلقة بالأوصياء . وذلك فيما يتعلق بتعيين الوكلاء والقامة ومقتضى ذلك كله أن يكون الأساس والمرجع فى تعيين القامة والوكلاء ، والمشرفين هو الأساس الذى يشترط فى تعيين الأوصياء . وقد حدد هذا الأساس فى المادة (٢٧) من القانون ، إلا ما استثنى منها بنص المادة (٦٩) . وأشارت المادة (٧٨) إلى أن تعتبر فى المشرف على القيم الشروط الواجب توافرها فيمن يعين وكيلا عن الغائب ؛ فالمشرف لا يصح أن يكون أدنى حالا من الذى عين للإشراف عليه .

عزل المشرف

تطبق على المشرف الأحكام الواردة فى المادة (٤٩) استنادا إلى نص المادتين ٧٨ ، ٨٢ فيعزل فى الحالات الآتية :

١ — إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للإشراف وفقا للمادة (٢٧) ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه .

٢ — إذا أساء أو أهمل فى عمله المكلف به قانونا، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة المحجور عليه أو الغائب .

استقالة المشرف

لا يعتبر المشرف غير مسئول عن عمله المكلف به قانونا ، بمقتضى تعيينه مشرفا ، بمجرد استقالته بل لابد من صدور قرار من المحكمة بقبول استقالته فمهمته كمشرف لا تنتهى إلا بقبول استقالته تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة (٤٧)؛ استنادا إلى المادة ٨٢ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أجر المشرف

المشرف كالوصى فيما يتعلق بالأجر تطبيقا للمادة ٨٢ ـ ولذلك فالأصل فى الإشراف أن يكون بلا أجر إلا إذا رأت المحكمة، بناء على طلب المشرف، أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين إعمالا لنص المادة (٤٦)

مسئولية المشرف

المشرف، بالنسبة لمسئوليته عن تقصيره، يسرى عليه مايسرى من أحكام على الوكيل عن الغائب إذا كان مشرفا على نائب عن عديم الأهلية أو ناقصها. كما يسرى عليه ما يسرى من أحكام على الوكيل عن الغائب إذا كان مشرفا على وكيل عن الغائب ،تطبيقا لنص المادة (٨٢) . وتأسيسا على ذلك يكون المشرف مسئولا مسئولية الوصى على القاصر ؛ إعمالا لنص المادة (٧٨) فتطبق عليه المواد من ٨٤ إلى ٨٨ الآتى بيانها بعد .

موقف الشريعة من القانون

لا يختلف القانون كثيرا عما قرره فقهاء الشريعة بالنسبة لتعيين المشرف؛ فقد قرر الفقهاء : أن المشرف هو الشخص الذى يعين ناظرا على الوصى مراقبا على أعماله . وقرروا أنه لا تسلم له أموال القاصر لحفظها أو التصرف فيها . بل مهمته أن يشرف على الوصى ومن فى معناه فقط . وهذا يطابق

ما قرره القانون فى المادة (٨١) وقرر الفقهاء أيضاً أن الوصى لا يجوز له أن يعمل إلا باطلاع المشرف ورأيه وأن حق الوصى فى العمل منفردا حينما لايكون عليه مشرف. فى هذه الحالة لايكون لأحد حق الرقابة عليه إلا لمن له الولاية العامة كالقاضى وأعطى الفقهاء حق تعيين المشرف للأب وللجد ولوصيهما وللقاضى ، بينما القانون قصر هذا الحق على المحكمة فقط .

الجزاءات

أولا — أحكام الفقه الإسلامى :

قرر الفقهاء ، بالنسبة للولى وللوصى ومن ماثلهما، إذا أخلا بواجباتهما، ثبوت حق القاضى فى حماية القاصر، ومن هو فى حكمه، منهما. وذلك بإثبات حق القاضى فى توقيع العقوبات الآتية :

١ — العزل من الوصاية

قال صاحب تحفة الفقهاء[1]: «للقاضى أن يعزل وصى الميت إذا كان فاسقاً غير مأمون » ومفاد النص أن سبب العزل فى نظر الفقهاء هو عدم صلاحية الوصى للوصاية، فإذا ظهرت خيانة الوصى أو فساده، أو سوء تصرفه إلى حد تعريض أموال القاصر لخطر الضياع أو التلف يجب أن يعزله القاضى .

٢ — الضمان

وفى الفتاوى الأنقروية[2] « لو عفا الولى والوصى عن دم ولده الصغير لم يجز؛ لأنه تبرع. وهما لا يملكان التبرع بحق الصغير. ولو صالحا عن القصاص للصغير على مال أقل من الدية جاز الصلح وضمنا الدية؛ لأنهما يملكان الصلح

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى ج ٣ ص ٣٦٧ .

(٢) الفتاوى الأنقروية ج ٢ ص ٣٤٤ .

والعفو على مال ، لأنه معاوضة مال بما ليس بمال، فكان فيه نفع للصغير ، فوقع الصلح نافذاً ، إلا أنهما قصرا فى بذل الصلح لماحطا من الدية؛ لأن الدية مقدرة شرعاً ، والاحتراز عن الغبن القليل فى البذل المقدر ممكن فلم يصر القليل معفوا هنا كالكثير فلم يصح . والصلح عن القصاص بعد وقوعه لا يمكن رده ، فضمن الدية » .

وفى جامع الفصولين[1] « لا يصير الأب غاصباً بأخذ مال ولده؛ إذ له أخذه بغير شىء لو محتاجاً . وإلا فله أخذه بشىء لو محتاجاً . وإلا فله أخذه ليحفظه فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة » .

ومما تقدم من نصوص يتضح لنا أن فقهاء الأحناف قرروا الحكم بالضمان على كل من الأب والوصى فى حالة تعديهما بإتلاف مال القاصر دون حاجة تدعو إلى هذا الإتلاف . لكنهم فرقوا بين الأب والوصى فى حالات فردية، منها: قولهم بضمان الوصى لو أضاع مال القاصر بدون تعد، لكنه أراد تفادى ضرر على وشك أن يلحقه، كما إذا دفع الوصى إلى السلطان الجائر شيئاً من مال اليتيم، تحت تهديد بغير ملجىء من ضرب أو قيد[2] . ولم ينص فقهاء الأحناف بالنسبة للأب لو وقع منه فعل ذلك فى مال الصغير هل يضمن أو لا . ومفاد ذلك عدم ضمانه .

القانون

ثانياً — النصوص القانونية فى القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢

مادة ٨٤ — إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه، وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات .

---

(١) جـ ٢ ص ١٤ .

(٢) أدب الأوصياء على هامش جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٨٤ .

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة ، أو جزءا منها .

ويجوز إعفاء الوصى عن الجزء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة .

مادة ٨٥ — إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها، فعلا فلا حق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ .

أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب. فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات .

مادة ٨٦ — إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك . وعلى كل حال يسأل مسئولية الوكيل بأجر .

مادة ٨٧ — تسرى أحكام المواد السابقة على القيم والمساعد القضائى والوكيل عن الغائب ، والوصى الخاص والوصى المؤقت .

مادة ٨٨ — يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة ، وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد .

شرح القانون

إيقاف الوصى

تضمنت المادة ٤٨ — من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بيان الحالات التى يجب على المحكمة أن تقضى بوقف الوصى ومجملها أنه فى حالة توافر أسباب

جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى ، أو إذا قام بالوصى عارض من عوارض الأهلية ، كالجنون ، أو العته ، أو السفه . أو الغفلة : فى هذه الحالات يجب على المحكمة المختصة إذا ماتحقق لها ذلك أن تأمر بوقف الوصى .

عزل الوصى

وقد أبنا فيما سبق الحالات التى نصت عليها المادة (٤٩) وأوجبت فيها على المحكمة أن تحكم فيها بعزل الوصى متى ثبت لديها ثبوتاً يقينياً التصاق هذه الحالات بالوصى. وهى الحالات السبع المذكورة فى المادة ٢٧ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ — وكذلك إذا أساء الوصى الإدارة ، أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر .

كذلك قضت المادة ٨٤ بجواز عزل الوصى إذا قصر فى واجباته المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون لو قف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة.

الغرامة المالية

أما المادة ٨٤ فقد أجازت للمحكمة ، فى حالة ثبوت تقصير الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا، أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وحرمانه من أجره كله أو بعضه ، أو بأحد هذه الجزاءات .

الواجبات المفروضة على الوصى

حددت المادة ٣٦ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ واجبات الوصى ، بأن لخصتها فى أن يبذل جهده فى المحافظة على أموال القاصر ورعايتها وان يبذل فى ذلك من العناية مايطلب من الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدنى. وقد حددت المادة الفقرة الثانية من المادة ٧٠٤ مدنى فى هذه العناية فنصت على أنه « إن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً ، فى تنفيذها، عناية الرجل المعتاد » .

مدى سلطة القاضى فى الجزاء

أشارت المادة ٨٤ إلى أن سلطة المحكمة مطلقة فى توقيع الجزاءات المنصوص عليها كلها فتحكم بعزل الوصى مع تغريمه مالا يزيد على مائة جنيه

وبحرمانه من أجره كله أو بعضه أو بأحد هذه الجزاءات حسب جسامة الإهمال والضرر الذى أصاب الصغير .

وأشارت الفقرة الثانية من المادة المذكورة إلى جواز تعويض القاصر عما لحقه من ضرر من جراء تصرف وصيه ، فأجازت للمحكمة أن تمنح القاصر ما حكم به غرامة على الوصى ، كلها أو بعضها ، حسب مايراه القاضى محققاً لمصلحة القاصر .

إقالة الوصى من الغرامة

أشارت الفقرة الثالثة من المادة إلى جواز أن تعفى المحكمة الوصى الذى قضت عليه بعقوبة مالية نظير إهماله وإساءته فى التصرف، أو لعدم تنفيذه قراراتها أن تعفيه عما حكم عليه به ، كله أو بعضه ، وذلك إذا ظهر للمحكمة حسن نية الوصى ، وذلك بأحد أمرين، هما :

ا — إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم عليه بالغرامة .

ب — إذا قدم أعذاراً تقبلها المحكمة، كأن يبين للمحكمة أنه كان مريضا، فلم يستطيع تنفيذ قرار المحكمة لمرضه ، أو كان مسافراً سفراً بعيداً ، أو كانت هناك عقبات وموانع خارجة عن إرادته منعته من تنفيذ ما أمرت به المحكمة ، ورأت المحكمة أن ماساقه من أعذار تبرر تأخيره وقبلت منه المحكمة مااعتذر به. ويلاحظ مماتقدم أن حق المحكمة فى الاعفاء مقيد بما إذا صدر الحكم بالغرامة فى غيبة الوصى أوحين يقوم الوصى بتنفيذ القرار الذى ترتب على عدم تنفيذ الحكم بالغرامة .

العقوبة والإقالة منها من الأمور الجوازية :

ومفهوم المادة ٨٤ يفيد أن توقيع المحكمة العقوبات المنصوص عليها فى المادة المذكورة على الوصى المتهم بسوء الإدارة أو الإهمال فى تنفيذقرارات المحكمة من الأمور الجوازية، فللمحكمة، حسب ماتراه محققاً للمصلحة، أن توقع العقوبة أو لاتوقعها . كما أنه يجوز لها أن تقيل المحكوم عليه مما حكم به عليه

من هذه العقوبات ، كلها أو بعضها حسب الظروف والأحوال ، والمشرع فى هذا يظهر روح التشريع فى النص على عقاب الوصى، حيث يظهر هذا الروح بأن المقصود من العقوبة إنما هو تحقيق مصلحة القاصر بزجر الأوصياء المهملين، أو الفاسدين، أو المتعنتين، فإذا ما تبين للمحكمة أن هؤلاء الأوصياء لم يهملوا عن قصد وسوء نية ، بل أن الأعذار حالت بينهم وبين تنفيذ ما قررته المحكمة ، أو أنهم فعلا نفذوا ما طلب منهم تنفيذه، ورأى القاضى أن لا حاجة إلى إيغار صدور هؤلاء الأوصياء بعقوبة كلما تذكروها حقدوا على الصغار فمن حق القاضى أن يقيل هؤلاء الغائبين مما عوقبوا به كلا أو بعضا .

الغرامة عقوبة ذات حدين .

وقد قررت الفقرة الأولى من المادة ٨٤ المعقوبة بالغرامة فجعل لها حد أعلى هو مائة جنيه . أما حدها الأدنى فقد ترك تقديره للقاضى، فلم ينص فى المادة المذكورة على الحد الأدنى الذى لا يجوز للقاضى أن يتجاوزه ، بل نص على الحد الأعلى بحيث يكون الحكم باطلا لو تجاوز هذا الحد المقرر فى هذه المادة وهو مائة جنيه .

أثر الحكم بالإقالة من الغرامة .

قد يتأخر حكم المحكمة بإقالة الوصى من الغرامة التى حكم عليه بها . وفى أثناء ذلك يكون قلم المطالبة بالمحكمة قد قام بإجراءات المطالبة والتنفيذ على المحكوم عليه ، ثم بعد ذلك تصدر المحكمة حكما بإقالة الوصى مما حكم عليه به . وهنا يحدث إشكال ؛ إذ قد يكون التنفيذ على المحكوم عليه قد تم بطريق بيع أشياء مملوكة له بالطريق الجبرى . فجاءت المادة ٨٥ وأوضحت هذا الإشكال، وفصلت الموضوع فنصت على أنه إذا حكم بإقالة الوصى من الغرامة التى حكم بها عليه . وصدر هذا الحكم بعد أن نفذ على الوصى حكم الغرامة وحصل منه مقدارها . فلا يخلو الحال من الآتى :

الحالة الأولى :

إما أن يكون التنفيذ حصل بدفع الوصى ما حكم به عليه نقداً أو بيعت المحجوزات التى يملكها الوصى التى حجز عليها بمعرفة قلم التنفيذ (المحضرين) تنفيذاً لهذا الحكم ، وكان البيع قد رسا على غير الجهة الحاجزة. ففى الحالات المذكورة نصت المادة (٨٥) (فى فقرتها الأولى على أن الوصى المقال من الغرامة المحكوم بها عليه لاحق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ . فليس له حق طلب التعويض عن الحجز عليه بحكم الغرامة وبيع ممتلكاته فيها ، وليس له الحق فى طلب استرداد عين مابيع له من منقولات أو عقارات بل حقه فى استرداد ما حصل من التنفيذ أى فى المبلغ المتحصل من التنفيذ .

الحالة الثانية : أن يكون قد رسا مزاد البيع على قلم كتاب المحكمة الحاجزة باعتبارها دائنة حاجزة ، وفى هذه الحالة لا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ . مالم يكن هناك مانع من الاسترداد كأن تكون العين عقاراً استعمل فى المنافع العامة أو منقولا استهلك ، فى هذه الحالة لا يكون للوصى المقال من الغرامة المحكوم بها عليه إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات التى قررها القانون .

مسئولية النائب التقصيرية

نصت المادة ٨٦ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ على أن النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها إذا أخل بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون يكون مسئولا عما يلحق عديم الأهلية أو ناقصها من ضرر بسبب هذا الإخلال . ومفاد هذا النص أنه فضلا عما قررته المادة (٨٤) من

القانون من جواز إعطاء القاصر الغرامة المحكوم بها على الوصى. أوجزءاً منها كتعويض مؤقت له عما أصابه من ضرر ؛ فإن هذا الإجراء لا يمنع مسئولية الوصى ومن فى حكمه عن مساءلته مدنياً عن تقصيره وإخلاله بواجباته التى بسببها أصيب عديم الأهلية أو ناقصها بضرر طبقاً لأحكام القانون المدنى ومسئوليته فى هذه الحالة كمسئولية الوكيل بالأجر . ففيها تطبق مواد القانون المدنى فى تحديد هذه المسئولية ومداها وتحقق أركانها المادية و المعنوية .

مسئولية القامة والوكلاء عن الغائبين .

وضعت المادة ٨٧ — قاعدة عامة للجزاءات التى تطبق على من يشابه الأوصياء وهم القامة والمساعدون القضائيون والوكلاء عن الغائبين، والأوصياء الخصوصيون والمؤقتون . فنصت على أن أحكام المواد ٤٩، ٨٤، ٨٥، ٨٦، تسرى عليهم جميعا .

عقوبة الحبس .

نصت المادة ٨٨ على جواز الحكم بالحبس مدة لا تتجاوز سنة كحد أعلى، وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين على الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب الذى انتهت نيابته وامتنع عن تسليم أموال القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب ، أو أوراقه إلى من حل محله فى الوصاية أو القوامة، أو الوكالة . وذلك مالم ينص القانون على عقوبة أشد .

شروط الحكم بالحبس .

اشترطت المادة ٨٨ للحكم بحبس الوصى أو القيم أو الوكيل الذين انتهت نيابتهم ما يأتى :

١ — أن تكون نيابتهم عن عديمى الأهلية أو ناقص الأهلية قد انتهت إما بالعزل، أو بالاستقالة أو بإحدى طرق إنتهاء أو إنهاء نيابتهم كما سبق توضيحه.

٢ — أن يمتنعوا عن تسليم الأموال أو الأوراق والمستندات التى تحت أيديهم إلى من حل محلهم فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة . وأن يثبت لدى المحكمة ، بشكل واضح ، هذا الامتناع .

٣ — أن يكون امتناعهم عن تسليم أموال أو أوراق القاصر أو المحجور عليه أو الغائب التى تحت أيديهم إلى من حل محلهم مصحوباً بقصد الإساءة . فلو كان امتناعهم لأسباب لا تمت إلى قصد الإساءة ، بل لموانع قانونية ، أو فنية ، أو أعذار قهريه ، فلا يجوز للمحكمة أن تصدر الحكم بالحبس عليهم . وإثبات القصد إلى الإساءة من الأمور التى تركتها المادة (٨٨) لقاضى الموضوع . فإذا ثبت لدى القاضى أن القصد من الامتناع عن تسليم الأموال التى للقاصر ومن فى حكمه أو أوراقه ومستنداته هو تعطيل أعمال الخلف ، أو الإضرار بمصالح القاصر بتفويت دعوى أو إجراء لا يمكن القيام به بدون الأوراق — كان للقاضى ، فى هذه الحالة ، الحكم فى حدود العقوبة المنصوص عليها فى المادة المذكورة إلا إذا كان ما فعله الوصى ومن هو فى حكمه قد نص عليها قانون آخر بالجزاء بعقوبة أشد من المنصوص عليه فى هذه المادة ، ففى هذه الحالة تطبق العقوبة الأشد .

رأى الفقه الإسلامى

حبس المتهم

قال ابن قيم الجوزية[1] :

الدعاوى الخاصة — التهم والمتهمون :

وهى دعوى الجناية والأفعال المحرمة ، كدعوى القتل، وقطع الطريق والسرقة ، والقذف ، والعدوان ؛ فهذا ينقسم المدعى عليه فيه إلى ثلاثة

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية الإمام المجتهد أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الزرعى الدمشقى ص ١١٧ — ١١٩

أقسام ، فإن المتهم إما أن يكون بريئاً ليس من أهل تلك التهمة . أو فاجراً من أهلها ، أو مجهول الحال لايعرف الوالى والحاكم حاله . فإن كان بريئاً لم تجز عقوبته اتفاقاً ، واختلفوا فى عقوبة المتهم له على قولين ؛ أصحهما : صيانة لتسلط أهل الشر والعدوان على أعراض البرءاء ، قال مالك وأشهب رحمهما الله : لاأدب على المدعى إلا أن يقصد أذية المدعى عليه وعيبه وشتمه ، فيؤدب ، وقال أصبغ : يؤدب ، قصد أذيته أو لم يقصد ، وهل يحلّف فى هذه الصور ؟ فإن كان المدعى حداً لله : لم يحلف عليه ، وإن كان حقاً لآدمى ففيه قولان ، مبنيان على سماع الدعوى ، فإن سمعت الدعوى حلف له ، وإلا لم يحلف .

والصحيح أنه لاتسمع الدعوى فى هذه الصور ولايحلف المتهم لئلا يتطرق الأرزال والأشرار إلى الاستهانة بأهل الفضل والأخطار . كما تقدم من أن المسلمين يرون ذلك قبيحاً .

المتهم المجهول الحال

القسم الثانى : أن يكون المتهم مجهول الحال ، لايعرف ببر ولا فجور ، فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء الإسلام . والمنصوص عليه ، عند أكثر الأئمة ، أنه يحبسه القاضى والوالى . . . هكذا نص عليه مالك وأصحابه . وهو منصوص الإمام أحمد ومحقق أصحابه . وذكره أصحاب إبى حنيفة. وقال الإمام أحمد : قد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تهمة ، قال أحمد : وذلك حتى يتبين للحاكم أمره. وقد روى أبو داود فى سننه وأحمد وغيرهما من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس فى تهمة » . قال على بن المدينى : حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : صحيح ، وفى جامع الخلال أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس فى تهمة يوماً وليلة » والأصول المتفق عليها بين الأئمة توافق ذلك . . وأنهى

بن قيم الجوزية كلامه بقوله» : واختلفوا فى مقدار الحبس فى التهمة — هل هو مقدر ، أو مرجعه إلى اجتهاد الوالى والحاكم ؟ — على قولين ، ذكرهما الماوردى وأبو يعلى وغيرهما ، فقال الزبيرى : هو مقدر بشهر ، وقال الماوردى : غير مقدر .

المتهم المعروف بالفجور

وقال ابن القيم إذا كان المتهم معروفاً بالفجور ، كالسرقة وقطع الطريق والقتل ونحو ذلك ، فإذا جاز حبس المجهول فحبس هذا أولى .

العقوبات المالية

وأجاز مالك التعزير بالعقوبات المالية فى مواضع مخصوصة وبذلك قال وهو أحد قولى الشافعى ، وقد جاءت السنة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وعن أصحابه بذلك فى مواضع : منها : إباحته صلى الله ، عليه وسلم سَلبَ الذى يصطاد فى حرم المدينة لمن وجده، وكأمره، صلى الله عليه وسلم ، بكسر دِنان الخمر وَشق ظروفها . وأمره لعبد الله بن عمر بأن يحرق الثوبين المعصفرين وأمره، صلى الله عليه وسلم — يوم خيبر — بكسر القدور التى طبخ فيها لحم الحمر الأنسية، ثم استأذنوه فى غسلها، فأذن لهم. فدل على جواز الأمرين ، لأن العقوبة لم تكن واجبة بالكسر. ومثل هدمه مسجد الضرار. وتحريق متاع الغال . وحرمان السلب الذى أساء على نائبه . وإضعافه الغرم على كاتم الضالة. ومثل أخذه، صلوات الله وسلامه عليه، شطر مال مانع الزكاة ، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى. وقطع نخيل اليهود إغاظة لهم. وأمره، صلى الله عليه وسلم ، لابس خاتم الذهب بطرحه ، فطرحه فلم يعرض له أحد[1] .

---

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

غلط القائل بنسخ العقوبات المالية :

قال ابن قيم الجوزية : «ومن قال : إن العقوبات المالية منسوخة ، وأطلق ذلك ، فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلا واستدلالا ، فأكثر هذه المسائل : سائغ فى مذهب أحمد وغيره، وكثير منها سائغ عند مالك ، وفعل الخلفاء الرشدين وأكابر الصحابة لها ، بعد موته ، صلى الله عليه وسلم ، مبطل لدعوى نسخها ، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ، ولا إجماع يصحح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا عدم جوازها ، فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد ، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ؛ ادعى أنها منسوخة بالإجماع، وهذا خطأ أيضاً . فإن الأمة لم تجمع على نسخها ، ومحال أن ينسخ الإجماع السنة ، ولكن لو ثبت الإجماع لكان دليلا على نص ناسخ[1] .

المقارنة

يتضح مما ذكرناه من نصوص فقهية أن القانون لا يختلف مع الشريعة فى جواز الحكم بحبس الوصى ومن فى حكمه تعزيراً إذا ارتكب جريمة عمدية بقصد الإضرار بصالح الصغار ، ومن فى حكمهم ، وبجواز تعزيرهم بالعقوبة المالية .

الطلاق

تفسير الطلاق

أولا ـ الطلاق، لغة، اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام، والسراح بمعنى التسليم والتسريح. ومنه قوله تعالى: «الطلاق مرتان» أى التطليق. وقيل:

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ص ٣١٤ .

الطلاق مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد . وعن الأخفش نفى الضم .

والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال كأطلقت بعيرى، وأسيرى. وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد. أما إذا قاله فى الثالثة فالمراد به التكثير كغلقت الأبواب . . .

ثانياً ـ الطلاق فى عرف الشارع

المذهب الحنفى

عرف بعض الأحناف الطلاق : بأنه : رفع القيد الثابت بالنكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

فرفع هذا القيد فى الحال، يكون بالطلاق البائن .ورفعه فى المآل يكون بالطلاق الرجعى ، فإن زوال الملك فيه إنما يكون بعد انقضاء العدة .

وعرفه بعض آخر منهم بأنه « رفع قيد النكاح أو نقصان الحل بلفظ مخصوص» فرفع قيد النكاح يكون بالبائن ، ونقصان الحل يكون بالرجعى . فإن أثر الطلاق الرجعى ، إنما هو نقصان الحل بنقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

وكلا التعريفين شامل لقسمى الطلاق . لكن التعريف الثانى أوضح وأضبط ؛ لأنه راعى فى كل من القسمين أثره المباشر الذى يثبت له على فور حصوله، فإن نقصان عدد الطلقات هو أثره الذى يثبت فور الطلاق الرجعى. أما رفع الملك فلا يكون إلا متراخيا عنه .

والمراد باللفظ المخصوص فى كلا التعريفين هو ما كان صريحا مأخوذا من مادة « طلاق وتطليق» أو كان من ألفاظ الكنايات مثل « محرمة وبائن»

وما أليهما من الألفاظ التى تحتمل الطلاق وغيره ويترجح فيها معنى الطلاق بمرجح خاص كالنية ، فيكون من ألفاظ الكناية قول الزوج لامرأته « أطلقتك » « وأنت مطلقة » بسكون الطاء من الإطلاق ، فإن ذلك يحتمل معنى الطلاق الذى هو حل قيدا لزواج ، كما يحتمل حل قيد آخر .

وليس بلازم فى ذلك اللفظ المخصوص أن يكون منطوقاً به ، فإن ما يفيد معناه من الكناية والإشارة — كما فى حالة الأخرس — يقع به الطلاق أيضا .

ويلحق بلفظ الطلاق أيضا لفظ الخلع وقول القاضى : « فرقت » فى حالات اللعان والعنة وإباء الزوج عن الإسلام ؛ فإن هذا كله معدود من الطلاق[1] .

هذا — ولو لم يذكر فى التعريف قيد « اللفظ المخصوص » أو ما يشبهه لانتقض بالفسخ ؛ فإنه يزيل الحل ويرفع العقد ، وهو ليس من باب الطلاق .

ركن الطلاق

ركن الطلاق نفس اللفظ الذى اعتبره الشارع رافعا لقيد النكاح أو مايقوم مقامه من الكناية والإشارة المفهومة .

سببه : الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق ، وعروض البغضاء ، الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، ففى شرعه رحمة من الله سبحانه وتعالى .

حكمه : زاول الملك عن الحل .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٠ ، ٢١

حكمة المشروعية

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة أراد الشارع بها إعفافهما وحفظ شرفهما ، وصيانة للمجتمع من الفناء وذلك عن طريق التناسل وحفظ الأنساب « نساؤكم حرث لكم » فالزواج نعمة من الله تستوجب الشكر ، برعايتها ، والمحافظة عليها ، للانتفاع بثمراتها .

لكن هذه الرابطة قد تعتريها حالات لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين ، ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شئون الحياة والقيام بما أمر الله . فيصبح الفراق أمرا لازما حيث تصبح رابطة الزواج بدون حب . وفى حاله يسود فيها الشقاق تصبح صورة من غير روح ، وقيدا من غير رحمة ؛ لا تثمر ثمرتها ، ولا تحقق ما أريد منها ، ولا يكون بها اعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة ، ويكون الإبقاء عليها . وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة ؛ بل يكون ضربا من الخداع والغش ومدعاة للنفاق والتمويه ، وعاملا من عوامل الزيغ والميل إلى المخادنات البغيضة .

فمن أجل هذا شرع الله الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة .

السر فى جعل الطلاق بيد الرجل

لم تكل الشريعة أمر الطلاق إلى الزوجة ؛ لأمور منها : أن المرأة خلقت على غرائز وطبائع لا يساويها فيها الرجل : فمن ذلك طبيعة التأثر بالعاطفة تأثرا سريعا قويا ، وهو محمود جدا فى بعض المواطن ، فإنه داعية العطف

والحنان والشفقة التي لا بد منها في تربية الطفل وإصلاحه ، والتي تحبب إلى الأم الصبر والجلد في رعايته وتهذيبه . ولكنه في مواطن أخرى يجر إلى كثير من الضرر والشر واضطراب الأمر : فالمرأة — في مواطن الغضب ، ولأقل أسباب الغضب التي، لا تخلو منها المعاشرة — يشتد انفعالها ، ويحتد مزاجها ، وتندفع مع العاطفة ، لا تتردد في هذا الاندفاع ولا تبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة ، حسنة أو سيئة ، بل ترى الحسن كله ، والنفع جميعه، في أن تجيب داعي تلك العاطفة ، وتحقق مطالبها العاجلة التي تغطي على دواعي التريث والتمهل إلى وقت تهدأ فيه ثورة النفس ، ويحسن فيه التدبر في الأمر، بتقليب نواحيه الضارة والنافعة ، والموازنة بين ما يدعو إليه العقل وما تدعو إليه العاطفة .

والمرأة في مواطن الرغبة وحيث ترى أو تتخيل بارقات أمل في حياة أسعد من حياة زوجيتها الحاضرة — تتأثر بالعاطفة تأثرا قويا عنيفا، لا يقل في قوته وعنفه ، عن تأثرها في مواطن الغضب .

فلو ملكت الزوجة أمر الطلاق لتصرفت به على نحو يرضى فيها تلك العاطفة مما تظن فيه سعادتها ، وكثيرا ما تكون نتيجته هي الشقاء بعينه .

نحن لا نريد بهذا أن نحكم بأن الرجل مجرد من هذه العاطفة ، أو معصوم من التأثر بنزعاتها المختلفة ، فإن التأثر بالعاطفة من ميزات الإنسانية ، بل قد يكون في الرجال من هو أسرع انفعالا وأشد تأثرا بها من بعض النساء. ولكن ليس هذا هو الشأن ، وليس هو الكثير الغالب ، للمعنى الذي أشرنا إليه من احتياج الأمومة إلى درجات من قوة العاطفة ، لا تساويها فيها الأبوة .

على أن الشريعة قد راعت في مواطن كثيرة تحقيقا لمعنى الهناءة والاستقرار لحياة الزوجية — توفير أسباب هذه الهناءة ، وموجبات هذا الاستقرار ؛ فلم تهدر رأى المرأة وحقها في موضوع الطلاق ، بل جعلت

لها كامل الحق فى المطالبة به ، وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها ، ويفرق بينها وبين زوجها ، متى أبدت من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة التى شددت فى وجوب رعاية الزوجة ، والمحافظة على أسباب راحتها وسعادتها ؛ وأوردت فى ذلك من التعاليم أكثر مما أوردته لأجل الرجل ، نظرا إلى أنها صاحبة المدرسة الأولى التى إليها تربية النشىء وإصلاحه وتهذيبه، وعلى جهودها الصالحة النافعة تقوم هناءة الأسرة وسعادة الأمة .

الطلاق لن يكون وقفا على القضاء

هذا — وإذا كانت الشريعة قد أعطت المرأة حق الالتجاء إلى القضاء ليفرق بينها وبين زوجها فى الحالات التى لا تستقيم فيها أمور الزوجية فذلك لا ينبغى أن يكون مبررا للنزعة الحديثة التى ينادى أصحابها بأن أمر الطلاق كله يجب أن يكون وقفا على القضاء ، فلا يملك الرجل أن يطلق امرأته فيما بينه وبينها ، فإن هذه نزعة خطرة ليست فى صالح الرجل والمرأة ، وليست كذلك فى مصلحة الأسرة والأمة . هى عسيرة التحقيق ، ومن شأنها أن تنشر خبايا البيوت ، وتفضح أسرار الأسر . وهل كل أسباب النفور بين الزوجين يمكن الإفضاء به إلى القضاء ؟ وهل مما يليق فى قوانين الآداب العامة — إذا كان سبب الفرقة مما يرجع إلى الأخلاق والسلوك أو غيرهما مما نهت الشريعة عن فضح أمره ، وامرت بالتصرف فيه على ما يحقق المصلحة ويرعى الآداب — أن يسجل ذلك كله فى سجلات القضاء ؟ .

لا . . . إنه يجب أن نراعى فى الشئون العامة ألا نخضعها للأهواء والنزعات الفردية ، وألا نحكم فيها الرغبات اللائحة ، والميول المتنقلة غير المستقرة. ونظام البيوت والأسر لا ينبغى أن يكون، فى كل وقت، تبعا لتلك الرغبات والأهواء ، ولو كانت على خلاف شرائع السماء .

صفة الطلاق الشرعية .

صفة الطلاق الشرعية . أى حكمه الثابت له من الإباحة والحظر كالآتى:

١ — طلاق محظور منهى عنه لكنه يقع مع المؤاخذة، وهو أن يطلق الرجل امرأته من غير سبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور ، أو سوء عشرة ، أو اعوجاج سيرة ، فإن الطلاق بلا سبب يكون إيذاء للمرأة بغير حق ،وذلك منهى عنه شرعاً .فهو ،مع كونه يقع لايكون خالياً،عن المؤاخذة

من ثم، فإذا طلق من غير سبب من هذه الأسباب وما شابهها فإن الطلاق يقع مع كونه محظورا .

٢ — طلاق مباح لا مؤاخذة فيه : وهوأن يطلق الرجل امرأته لسبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور ، أو سوء عشرة ، أو اعوجاج سيرة . وما شابه ذلك كله .

وهذا الطلاق المباح تختلف درجات حله على حسب تفاوت أسبابه ، قوة وضعفاً . فيكون مباحاً إباحة مجردة، له فيها الخيار بين الفعل والترك،وذلك إذا كان السبب ضعيفا لايرجع إلى سوء خلق الزوجة أو عشرتها أو تدينها ، بل يكون مرجعه النفور الطبيعى الذى لادخل لها فيه .

وقد يكون مستحباً شرعاً إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وطباعها وإيذاء الزوج أو الجيران بالقول أو بالفعل وما يشبه ذلك .

وقد يكون واجباً إذا كان السبب يرجع إلى عيب فى الرجل لاترضى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بثمرات الزواج ، أو كان يرجع إلى سوء سلوك الزوجة ، وما إلى ذلك من الأسباب القوية .

صفة الطلاق من جهة وقته وعدده

والطلاق من جهة وقت إيقاعه ،وطريقة إيقاعه وعدده، يتنوع إلى مباح ومحظور، أيضاً ويعبر عنهما الفقهاء «بالطلاق السنى»، « الطلاق البدعى» : حسب التفصيل الآتى :

طلاق السنة

الطلاق السنى

قال الكمال ابن الهمام : إعلم أن الطلاق سنى وبدعى . والسنى من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعى كذلك والسنى حسن وأحسن .

الطلاق الأحسن

هو أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ، ولا فى الحيض الذى قبله ، ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب ويتركها حتى تنقضى عدتها لما أسند ابن أبى شيبة عن إبراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة ، فإن هذا أفضل عندهم ، من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد عن الندامة حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة ، أو بعدها دون تخلل زوج آخر ، وأقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاش وهذا الطلاق لم يقل أحد بكراهته .

الطلاق الحسن

وهو الطلاق المفضول من طلاقى السنة هو : أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك . ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابى هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضا فإذا طهرت فأنت طالق[1] — ورد الأحناف على من قال إن هذا الطلاق من الطلاق البدعى

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ ، ٢٣

وأنه لا يباح إلا واحدة، لأن الأصل فى الطلاق هو الخطر والإباحة لحاجة الخلاص، وقد إندفعت بالواحدة[1] فقالوا :

ذهب بعض الناس إلى أن ايقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه السلام : « لعن الله كل ذواق مطلاق » والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء » وأمثالهما[2] كما برد على من قال إن الطلاق الثانى بدعة بما رواه البخارى وغيره مسند إلى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء ، يشير بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى قوله «فطلقوهن لعدتهن » ـ فالرسول صلى الله عليه وسلم خير بين الإمساك والطلاق ولو كان الطلاق[3] بدعة لما فعل — وقد روى الدار قطنى من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراسانى حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين آخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر « ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » فأمرنى فراجعتها فقال : « إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك » فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا

---

(١) نسب الكمال ابن الهمام هذا القول إلى المالكية فقال : (وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة » فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ .

(٢) العناية على هامش فتح القدير جـ ٣ ٢٢ .

(٣) المصدر السابق .

أكان يحل لى أن أراجعها فقال « لا كانت تبين النك وكانت معصية » وقد أعل هذا الحديث البيهقى بالخراسانى قال : أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ماتفرد به — لكن يرد على هذا أن هذا الحديث قد رواه الطبرانى من طريق آخر كما صرح الحسن بسماعه من ابن عمر — وقال أبو حاتم قيل لأبى زرعة : الحسن لقى ابن عمر قال : نعم والخراسانى قد ظهرت متابعته — وقال الأحناف : إن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة ، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البته لرسوخ الأخلاق المتباينة ، وموجبات المنافرة ، فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على وجه لا يعقب الندم هو أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ، ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام : ثم إذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت . وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع ثنتان .

طلاق غير المدخول بها للسنة

قال الأحناف : السنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل الحاجة إلى الطلاق وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة — أما غير المدخول بها فيطلقها فى حالة الطهر والحيض لأن الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض ، مالم يحصل مقصود منها . وفى المدخول بها تتجدد بالطهر وقال زفر رحمه الله غير المدخول بها كالمدخول بها فى طلاقهما للسنة من حيث الوقت .

طلاق الصغيرة والآيسة

والصغيرة والآيسة إذا أراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى عليها شهر طلقها أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقها الثالثة لأن الشهر فى حق الصغيرة والكبيرة التى لاتحيض قائم مقام الحيض قال تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم . . . إلى أن قال واللائى لم يحضن) أى بعد فقد أقام الله الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها وأيضاً نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى « فعدتهن ثلاثة أشهر » والعدة فى ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق تفريق الطلقات ، فلاتطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل فى الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوما ، فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين فى شهر واحد . ويجوز أن يطلق الصغيرة والآيسة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان لأنه لايتوهم الحبل فيها والكراهية فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدرى هل تنقضى بوضع الحمل على إعتبار انها حملت ، أو تنقضى بالأشهر على إعتبار أن عدتها بالأشهر — وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لاتحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولأن الرغبة تفتر بالجماع وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر[١] .

---

(١) العناية على هامش فتح القدير حـ ٣ ص ٣١

الطلاق البدعى

معناه :

وهو الطلاق الذى خالف الطلاق الذى أشارت إليه السنة . وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة ، أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك . أو واحدة فى الحيض ، أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو .

أنواعه :

قال الأحناف : البدعة نوعان نوع يرجع إلى الوقت ، ونوع يرجع إلى العدد . أما الذى يرجع إلى الوقت فنوعان أيضاً . أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية فى حالة الحيض إذا كانت مدخولا بها سواء أكانت حرة أم أمة ؛ لأن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حالة الحيض: أخطأت السنة. ولأن فى هذا النوع من الطلاق تطويل العدة على المرأة ؛ لأن الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها ، وذلك إضرار بها . ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كمال الرغبة . وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق ، فلا يكون الطلاق فيه سنة ، بل يكون سفها. ولهذا فالأفضل للرجل إذا طلق زوجته حالة الحيض أن يراجعها ، فقد أمر رسول ابن عمر لما طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها . ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكروه[1] ، ويكون

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١ وما بعدها وبدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ٩٤ .

الطلاق بدعيا أيضاً إذا طلق الرجل امرأته ذات الأقراء طلقة واحدة رجعية فى طهر جامعها فيه، حرة كانت أو أمة ؛ لاحتمال أنها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفها . فلا يكون سنة ، ولأنه إذا جامعها فقد قلت رغبته إليها فلا يكون الطلاق فى ذلك الطهر طلاقا لحاجة على الإطلاق . فلم يكن سنة .

٢ — الطلاق البدعى بسبب العدد

قال الأحناف : من طلق امرأته الحرة ثلاثا ، أو الأمة اثنتين فى طهر واحد لاجماع فيه سواء أوقع هذا العدد جملة واحدة أم على التفاريق واحدا بعد واحد ما دام فى طهر واحد فهذا الطلاق بدعى أيضاً .

الادلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول فقالوا :

الكتاب

١ — أما الكتاب فمنه قوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » أى فى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى من أراد الطلاق أن يكون طلاقه فى أطهار عدة المطلقات. وقد فسر ذلك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وبذلك يكون النص آمرا بالتفريق ، والأمر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع ثم إن كان الأمر أمر إيجاب كان نهيا عن هذه ، وهو الجمع. نهى تحريم . وإن كان أمر ندب كان نهيا عن هذه وهو الجمع نهى ندب. وكل ذلك حجة على المخالف ، لأن الأول يدل على التحريم ، والآخر يدل على الكراهة .

٢ — وأيضا قوله تعالى : « الطلاق مرتان » أى دفعتان ألا ترى أن من أعطى آخر درهمين لم يجز أن يقال : إنه أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين .

وجه الاستدلال :

الآية وإن كان ظاهرها الإخبار ، إلا أن معنى الخبر هنا الأمر ؛ لأن الحمل على ظاهره يؤدى إلى الخلف فى خبر من لايحتمل خبره الخلف . لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد ، فالمراد من الإخبار فى الآية هو الأمر، نظير الأخبار فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن » أى ليتربصن ، وقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن» أى ليرضعن فصار كأنه سبحانه وتعالى قال : طلقوهن مرتين إذا أردتم الطلاق . والأمر بالتفريق نهى عن الجمع ؛لأنه ضده، فيدل على كون الجمع حراماً أو مكروهاً كما سبق بيانه[1] .

السنة

وأما السنة فمنها قوله، صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث فيه نهى واضح من الرسول صلى الله عليه وسلم، عن الطلاق لا لعينه لأن الطلاق قد بقى معتبراً شرعاً فى حق الحكم بعد النهى ، ولم يبطل أثره . فعلم أن النهى ههنا غير حقيقى ملازما للطلاق يصلح أن يكون منهيا عنه . فكان النهى عنه لا عن الطلاق. ولا يجوز أن يمنع من المشروع لمكان الحرام الملازم له، كما فى الطلاق فى حالة الحيض، والبيع وقت النداء، والصلاة فى الأرض المغصوبة ، وغير ذلك . وقد ذكر عن عمر، رضى الله عنه، أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً، وأجاز ذلك عليه ، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم، فيكون إجماعاً .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ٩٤ ، ٩٥ .

المعقول

وأما المعقول فمن وجوه. أحدها: أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة، وقد قال تعالى: «والله لا يحب الفساد» وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به، إلا أن النكاح قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة؛ أو أن المقام معها سبب فساد دينه ودنياه. فتنقلب المصلحة فى الطلاق، ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى. إلا أن احتمال أنه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر فى العاقبة قائم فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر، وذلك فى أن يطلقها طلقة واحدة رجعية، حتى إذا كان التباين والفساد من جهة المرأة فيمكنها أن تتوب وتعود إلى الصلاح إذا ذاقت مرارة الفراق. وإن كانت لا تتوب، نظر فى حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها، فإن علم أنه لا يمكنه الصبر عنها يراجعها، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها فى الطهر الثانى ثانيا ويجرب نفسه، ثم يطلقها. فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهرا وغالبا؛ لأنه لا يلحقه الندم غالبا. فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث فى ثلاثة أطهار على تقدير خروج نكاحها من أن يكون مصلحة، وصيرورة المصلحة فى الطلاق. فإذا طلقها ثلاثا جملة واحدة فى حالة الغضب، وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من أن يكون مصلحة فكان الطلاق إبطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة.

والثانى — أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب فى بعض الحالات فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو للتخليص. والتأديب يحصل بالطلقة

الواحدة الرجعية ؛ لأن التباين أو الفساد إذا كان من قبلها ، فإذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب وتتوب وتعود إلى الموافقة والصلاح . والتخليص يحصل بالثلاث فى ثلاثة أطهار ، والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة . وحق الضرورة صار مقضيا بالطلاق مرة واحدة حسب البيان السابق ، فلا ضرورة إلى الجمع بين الثلاث فى طهر واحد ، فبقى الطلاق الثلاث مرة واحدة على أصل الحظر .

والثالث — أنه إذا طلقها ثلاثا فى طهر واحد فربما يلحقه الندم قال الله تعالى : « لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا » قيل فى التفسير أى ندامة على ما سبق من فعله ، أو رغبة فيها ، ولا يمكنه التدارك بالنكاح إذا ما أوقع الطلاق الثلاث دفعة واحدة فيقع فى السفاح فكان فى الجمع احتمال الوقوع فى الحرام ، وليس فى الامتناع ذلك ، والتحرز عن مثله واجب شرعا وعقلا ، بخلاف الطلقة الواحدة ، لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة ، وبخلاف الثلاث فى ثلاثة أطهار ؛ لأن ذلك لا يعقب الندم ظاهراً ؛ لأنه يجرب نفسه فى الأطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم[1] .

الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة

١ — قال الأحناف : الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة نوعان : نص ودلالة .

أما النص فنحو أن يقول لزوجته التى دخل بها : أنت طالق للسنة . وقالوا ، توضيحا لهذا الأمر : إذا قال الرجل لامرأته التى دخل بها : أنت طالق للسنة ولا نية له ، فإن كانت من ذوات الأقراء وقعت تطليقة للحال ، إن كانت طاهرا من غير جماع ، وإن كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه ، لم تقع الساعة أى لم تقع على الفور ، فإذا حاضت وطهرت ، وقعت بها تطليقة واحدة ؛ لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة بالسنة

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ٩٥ .

المعرفة باللام ، لأن اللام الأولى للاختصاص فيقتضى أن تكون التطليقة مختصة بالسنة . فإذا أدخل لام التعريف فى السنة ، فيقتضى استغراق السنة ، وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة ، أو تنصرف إلى السنة المتعارفة فيما بين الناس ، والسنة المتعارفة المعهودة فى باب الطلاق، مالا يشوبها معنى البدعة ، وليس ذلك الا الطلاق الواقع فى طهر لاجماع فيه . وإن نوى وقوع ثلاث فثلاث ؛ لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان :حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها واحدة فى طهر لاجماع فيه . والحسن أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار . فإذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال: أنت طالق ثلاثا للسنة . لكنه لو نوى واحدة بائنة بقوله : أنت طالق للسنة لا تقع البينونة ؛ لأن لفظة الطلاق لاتدل على البينونة ، وكذا لفظ السنة . بل تمنع ثبوت البينونة ؛ لأن الإبانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية . ويستحيل أن يثبت باللفظ مايمنع ثبوته . وأن نوى الثنتين لم يكن ثنتين ؛ لأنه عدد محض . بخلاف الثلاث؛ لأنه فرد من حيث أنه كل جنس الطلاق[1] ولو أراد بقوله : طالق، واحدة ، وبقوله للسنة أخرى لم يقع ؛ لأن قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته: أنت للسنة ونوى الطلاق لايقع . ولو قال؛ أنت طالق ثنتين للسنة، أوثلاثا للسنة، وقع عند كل طهر تطليقة ، لأنها التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف . ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع فى الحال صحت نيته ، ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند الإمام وصاحبيه ، لأن الطلاق تصرف مشروع فى ذاته وإنما الحظر والحرمة فى غيره فكان كل طلاق فى أى وقت كان سنة ، فكان إيقاع الثلاث فى الحال إيقاعا على وجه السنة حقيقة ؛ لأن السنة عند الإطلاق تنصرف إلى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ﺟ ٣ ص ٩١

إياه للعرف والعادة . فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته . وقال الإمام وصاحباه : إن السنة نوعان: سنة إيقاع وسنة وقوع ، لأن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة ، فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعى السنة ، فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت . وقال زفر لاتصح نيته الثلاث وتتفرق على الأطهار ؛ لأنه نوى مالا يحتمله لفظه فتبطل نيته ؛ لأن عبارته أنت طالق ثلاثا للسنة إيقاع التطليقات الثلاث فى ثلاثة أطهار لأن هذا هو طلاق السنة فصار كقوله أنت طالق ثلاثا ، فى ثلاثة أطهار .

وقال الحنفية : لو أن رجلا قال لزوجته الصغيرة أو الآيسة: أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وإن كان قد جامعها ، وكذا إذا كانت حاملا قد استبان حملها . ولو نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة :أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة ، وبعد شهر أخرى، وبعد شهر أخرى. وكذا فى الحامل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف؛لأن الحامل، عندهما، تطلق ثلاثا للسنة . وقال محمد : لايقع إلا واحدة ، فالحامل، عنده، لاتطلق للسنة إلا واحدة[١] .

٢ — الدلالة

وقال الأحناف : وأما الدلالة فنحو أن يقول أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين ، او طلاق الإسلام ، أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب . وقد ورد ما يدل على أن الطلاق فيما أشار إليه إنما هو الطلاق فى طهر لاجماع فيه . وهو الذى فسرته السنة ــ يقول القرآن فى ذلك : (فطلقوهن لعدتهن) أى مستقبلات لعدتهن ، والعدة بالأقراء أى الحيض فكأن الله أمر بالطلاق لمن أراده على أن يكون فى الطهر لتستقبل

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٣ ص ٩٢ .

عدتها (الحيض) ويكون معنى الآية طلقوهن ثلاثا فى ثلاثة أطهار .
وطلاق العدل هو المائل عن الباطل إلى الحق وهو طلاق السنة وطلاق الدين والإسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والإسلام ، والقرآن، والكتاب وهو طلاق السنة ، وكذلك طلاق الحق ، وهو ما يقتضيه الدين إلى الحق وذلك طلاق السنة .

٢ - المالكية

عرف بعض المالكية الطلاق: بأنه حل العصمة المنعقدة بين الزوجين(١).

شرح التعريف

العصمة — المراد بها الوصف الاعتبارى الناشىء من العقد على الزوجة والمنعقدة — أى الثابتة بين الزوجين .

أى أن الطلاق حل وفك الوصف الاعتبارى الثابت بين الزوجين الناشىء من العقد على الزوجة .

وعرف صاحب الشرح الكبير الطلاق: بأنه إزالة عصمة الزوجية بصريح لفظ ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية(٢).

أركان الطلاق :

أركان الطلاق عند المالكية أربعة :

١ ، ٢ — الزوج والزوجة

٣ — القصد بمعنى أن يقصد المطلق اللفظ فى لفظ الطلاق الصريح ، أو فى الكناية الظاهرة ؛ وإن لم يقصد حل العصمة . أو قصد حل العصمة فى الكناية الخفية .

(١ و٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٤٧ وحاشية العلامة الشيخ على الصعيدى جـ ٢ ص ٥٦ .

طلاق المخطىء :

وتفريعاً على ماتقدم قال المالكية : من سبق لسانه إلى الطلاق فنطق به لايقع عليه طلاق ، سواء فى ذلك الفتوى أو القضاء، بشرط أن يثبت أن لسانه سبق إلى لفظ الطلاق ، وأنه أراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق غير قاصد هذا اللفظ .

وقال المالكية :لو أن رجلا اسم زوجته طارق فأراد أن يناديها ياطارق فالتفت لسانه وقال : ياطالق، وادعى أنه التفت لسانه فإنه يصدق فى الفتوى لا فى القضاء . فإن أسقط حرف النداء مع إبدال الراء لاما ،وأدعى التفات لسانه لم يقبل منه لحصول شيئين هما الحذف والإلتفات .

طلاق المكره :

الرأى الراجح فى المذهب كما يقول الإمام أبو الحسن[1] ، رضى الله عنه، أن المكره على الطلاق لايقع طلاقه كما هو ظاهر الروايات. ومقابل ذلك أنه يقع عليه الطلاق . وبعض المالكية ومنهم اللخمى قيد عدم وقوع طلاق المكره بألا يترك التورية مع العلم والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه عنها وإلا وقع طلاقه وقال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : والتقييد بما ذكر ضعيف . والمذهب أنه لايحنث ولو ترك التورية مع معرفتها[2] واستدل لعدم وقوع طلاق المكره، بقول الرسول، صلى الله عليه وسلم، كما رواه مسلم: « لاطلاق فى إغلاق » أى لاطلاق واقع نتيجة إكراه .

مدى تحقق الإكراه المانع لوقوع الطلاق :

قال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : الإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب ، ولو قل، أو سجن أو قيد ظاهره فيهما وإن قل ،

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى جـ٢ ص ٥٦ .

أو صفع فى القفا لذى مروءة بملأ، أى بجمع، ولو غير أشراف : فإن فعل به فى الخلاء فليس إكراهاً، لافى ذوى المروءة. ولا فى غيره، أى إذا كان يسيراً وأما كثيره فإكراه ولو فى غير الخلاء

والمراد من الكثير : ما يحصل من التهديد به الخوف لذى المروءة وغيره فى الملأ والخلاء. واليسير ما يحصل بالتهديد به[1]. الخوف لذى المروءة فى الملأ :

التهديد بأمر يحدث فى المستقبل

يظهر من كلام فقهاء المالكية أنه لا يشترط فى الإكراه كون المخوف به يقع ناجزاً فلو قال له : إن لم تطلق زوجتك فعلت بك كذا وكذا بعد شهر ، وحصل الخوف بذلك كان إكراهاً .

الخطأ نتيجة الإكراه

وقال بعض المالكية : لو أن رجلا أكره على أن يطلق زوجته طلقة فطلقها ثلاثاً ، أو أكره على أن يعتق عبداً فأعتق أكثر ، أو أكره على أن يطلق زوجته فأعتق عبده، أو عكسه ، فالظاهر عدم لزوم شيء من ذلك ؛ لأن ما يصدر من المكره حالة الإكراه بمنزلة ما يصدر من المجنون[2] .

قال صاحب الشرح الكبير[3] :

واعلم أن الإكراه إما شرعى أو غيره. ومذهب المدونة الذى به الفتوى، أن الإكراه الشرعى طوع يقع به الطلاق جزماً خلافاً للمغيرة. كما لو حلف بالطلاق لاخرجت زوجته. فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر، وكما لو حلف فى نصف عبد يملكه ، لاباعه . فأعتق شريكه نصفه فقوم عليه نصيب

(١) المصدر السابق والشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٧ (والمراد من التورية أن يأتى الحالف بلفظ فيه إيهام على السامع، له معنيان ، قريب وبعيد ويريد البعيد كقوله هى طالق ، ويريد من وثاق ، أو يريد وجعها بالطلق ومعناه القريب لإبانة العصمة .

(٢) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج٢ ص ٥٦ .

(٣) ج٢ ص ٣٦٧ .

الحالف وكمل به عتق الشريك ، أو حاف لااشتراه فأعتق الحالف نصيبه فقوم عليه نصيب شريكه لتكميل عتقه لزمه الطلاق على المذهب. والمصنف رحمه الله اختار مذهب المغيرة ورد (بلو) مذهب المدونة الراجح بقوله : « ولو بتقويم جزء العبدِ » الذى حلف لاباعه أو لاشتراه . وكان الصواب العكس[1] ، وأدخلت الكاف كل ما كان فيه الإكراه شرعياً[2] .
(أو فى فعل[3]) داخل فى حيز المبالغة أى فلا يحنث كحلفه بطلاق لاأدخل دارا فأكره على دخولها ، أو حمل وأدخل مكرها . خلافا لابن حبيب القائل بالحنث فى الإكراه الفعلى وهو مقيد[4] بما إذا كانت صيغة برّ كما مثلنا . فإن كانت صيغة حنث نحو إن لم أدخل الدار فهى طالق فأكره على عدم الدخول فإنه يحنث كما قدمه فى اليمين ، حيث قال : ووجبت به إن لم يكره ببر . ومقيد بما إذا لم يأمر الحالف غيره أن يكرهه ، وبما إذا لم يعلم أنه سيكره ، وبما إذا لم يقل فى يمينه لا أدخلها طوعا ولا كرها ، لايفعله بعد زوال الإكراه حيث كانت يمينه غير مقيدة بأجل .

وقال شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى[5] :

والحاصل : أنه إذا اكره على إيقاع الطلاق لم يلزمه اتفاقا . وإن اكره على فعل لم يتعلق به حق للغير فلا يلزمه الطلاق على المعتمد بالشروط

---

(١) أى بأن يقول لابتقويم جزء العبد .
(٢) كما إذا حاف لاينفق على زوجته أولا يطيع أبويه ، أولا يقضى فلانا دينه الذى عليه فإذا أكرهه القاضى على الانفاق عليها أو على طاعة أبويه ، أو على قضاء الدين لم يلزمه طلاق على رأى لمصنف ويلزمه الطلاق على الراجح من المذهب .
(٣) قوله : (فى فعل) فى بمعنى على هذا إذا أكره على إيقاعه بل ولو أكره على فعل . والمراد بالفعل الفعل الذى لايتعلق به حق لمخلوق ؛ لأن هذه هى التى فيها خلاف ابن حبيب . واما التى فيها حق المخلوق فهى التى تقدمت وفيها خلاف المغيرة والمدونة .
(٤) أى وعدم الحنث مقيد بما إذا كانت صيغة بر كحلفه بطلاق الا يدخل دار فلان — أو كقوله ان دخلت دار محمد فأنت طالق :
(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٧ .

الخمسة المذكورة فى الشارح[1] خلافا لابن حبيب القائل بلزوم الطلاق . وإن أكره على فعل تعلق به حق للغير : لزمه الطلاق على المذهب خلافا للمغيرة ...

وعلق صاحب الشرح الكبير، فى شرحه على ماذكره مولانا أبو الضياء خليل من أن الطلاق يلزم من أكره على التلفظ به وإيقاعه فترك، التورية مع معرفته بها ، وعدم دهشته بالإكراه . فقال : « والمذهب عدم الحنث ولو عرفها وترك »[2] .

مدى اعتبار التهديد بإتلاف المال إكراها .

قال العلامة الدسوقى « واعلم أنه جرى فى التخويف بأخذ المال ثلاثة أقوال: قيل إكراه . وقيل ليس إكراها . وقيل إن كثر فإكراه ، وإلا فلا. والأول لمالك . والثانى لأصبغ . والثالث لابن الماجشون. ثم إن المتأخرين اختلفوا فمنهم من جعل الثالث تفسيرا للأولين؛ وذلك كابن بشير ومن تبعه. وعلى هذا فالمذهب على قول واحد . ومنهم كابن الحاجب جعل الأقوال الثلاثة متقابلة إبقاء لها على ظاهرها .

التهديد بقتل غير الولد

ولو قال ظالم لشخص إن لم تطلق زوجتك قتلت فلانا صاحبك ، أو أخاك، أو عمك فطلق، فإنه يقع عليه الطلاق؛ لأن التخويف بقتل الأجنبى،

---

(١) يقصد العلامة الدسوقى بالشروط الخمسة المذكورة فى الشارح أى المذكورة فى الشرح الكبير وهى (١) أن تكون الصيغة صيغة بر (٢) ألا يأمر الحالف غيره أن يكرهه (٣) وألا يعلم أنه سيكره على الفعل (٤) وألا يقول الحالف فى يمينه لا أفعل هذا الشىء طوعا ولا كرها (٥) ألا يفعل الشىء المحلوف عليه بعد زوال الإكراه ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٧ .

(٢) الشرح الكبير لمولانا صاحب البركات سيدى أحمد الدردير جـ٢ ص٣٦٨ ،

وهو غير الولد. لا يعد إكراها شرعا. وأما التهديد بقتل الأبن فقيل إكراه كالولد وهو الظاهر ، وقيل كالأخ .

ولو قال ظالم لشخص: فلان عندك وتعلم مكانه ، ائتنى به أقتله أو آخذ منه كذا ، أو إن لم تأتنى به قتلت زيدا صاحبك أو أخاك . فقال : ليس عندى ولا أعلم مكانه . فأحلفه الظالم على ذلك بالطلاق والحال أن الحالف يعلم مكانه ، وقادر على الإتيان به لذلك الظالم. فإن الحالف لا يعذر بذلك ، ويحنث فى يمينه . ولكن لا إثم عليه فى الحلف بل أتى بمندوب فيثاب عليه. والظاهر أنه يحنث، ولو تحقق حصول ما ينزل بزيد هذا لو امتنع من الحلف وهو كذلك . . .

صيغة الطلاق

الركن الرابع من أركان الطلاق عند المالكية : الصيغة

انواعها

قال المالكية : تنقسم صيغة الطلاق إلى ما يأتى :

١ — لفظ صريح وهو ما فيه لفظ الطلاق ولا يحتاج إلى نية .

٢ — كناية ، وهى قسمان :

(ا) كناية ظاهرة — وسيأتى بيانها .

(ب) كناية خفية — أى محتملة للطلاق وغيره . نحو اذهبى وانصرفى؛ فتقبل فى هذا النوع من صيغ الطلاق دعوى الزوج نية الطلاق من عدمه. وفى عدده . فإذا قال اذهبى ، وانصرفى مثلا. وقال : لم أرد بذلك طلاقا فإنه يحلف على ذلك ولا شىء عليه . والظاهر أن محل الحلف إذا كان فى وقت غضب بحيث يقع الوهم أنه قصد الطلاق . وإن قال نويت بذلك الطلاق . فإنه يلزمه . فإن كانت له نية بطلقة أو أكثر عمل بها . وإن لم تكن له نية فى عدد لزمه الثلاث ،وهذا قول أصبغ. واعترضه ابن عرفة وأفتى بواحدة إلى أن مات . والظاهر رجعية فى المدخول بها ، بائنة فى غيرها. وأما إذا

ادعى عـددا دون الثلاث ، فهل يحلف على هـذا الادعاء أو لا ؟ فى ذلك نظر[1].

الوصف الشرعى للطلاق

يرى المالـكية أن الطلاق ، من حيث هو ، جائز . قد تعتريه الأحكام الأربعة، من حرمة ، وكراهة ، ووجوب ، وندب ، فالسنى[2] ما استوفى الشروط الآتية ولو حرم . وما لم يستوفها فبدعى ولو وجب، كمن لم يقدر على القيام بحقها من نفقة أو وطء ، وتضررت ولم ترض بالمقام معه ،

طلاق السنة

معناه : أى الطلاق الذى أذنت السنة فى فعله مشتملا على الشروط الآتية

شروطه : شروط الطلاق السنى أربعة ، هى :

١ — أن يوقع طلقة واحدة كاملة. فإن أوقع أكثر من واحدة، أو بعض طلقة ، لم يكن الطلاق طلاق السنة .

٢ ، ٣ — أن يوقع الطلاق وقت طهر للزوجة لم يمسها فيه .

٤ — ان لا يردف الطلقة بطلقة أخرى فى عدة رجعى .

٥ — وزاد صاحب الشرح الـكبير شرطا آخر وهو أن يوقع الطلقة على جملة المرأة لا بعضها .

الطلاق البدعى

الطلاق البدعى : هو الطلاق الفاقد لشرط أو أكثر من الشروط الواجب

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج ٢ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) الشرح الـكبير لسيدى أحمد الدريرى ، على مختصر خليل ج ١ ص ٣٦١ .

توافرها فى الطلاق السنى كأن يطلق الرجل زوجته فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه . أو يوقع عليها أكثر من طلقة أو يردف طلقة أخرى فى عدة رجعى أو يوقعها على جزء المرأة كيدك طالق .

والطلاق البدعى إما مكروه أو حرام .

من طلق المرأة فى حيضها يجبر على رجعتها

قال المالكية : إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها وهى حائض طلاقا غير ثلاث وغير مكمل للثلاث لزمه الطلاق وأجبر على الرجعة ولو لم يتعمد الإيقاع فى الحيض ؛ كمن علق طلاقها على دخول دار فى غير زمن الحيض فدخلتها زمنه . وكذلك يجبر على رجعة من طلقها فى طهر قبل تمام حيضها وعاودها الدم ، وإن لم يحرم عليه طلاقها بأن ظن عدم عودة الدم. وهذا على الأرجح عند ابن يونس وهو المعتمد — وقيل لا يجبر على الرجعة واستحسن هذا الرأى الباجى وهو قول ضعيف. والجبر يستمر لآخر العدة إذا غفل عنه حين الطلاق فى الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها مابقى شىء من العدة — وقال أشهب يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام أباح فى هذه الحالة طلاقها ، فلم يكن للاجبار معنى . والرأى الأول هو المذهب[١] .

طريقة الجبر

والإجبار أن يأمره الحاكم أولا بارتجاعها ؛ لأن الارتجاع فى هذه الحالة حق لله تعالى . فإن امتثل انتهى الأمر ، وإن أبى هدد بالسجن ، فإن أبى بعد التهديد به سُجِنَ بالفعل ثم إن أبى من الإرتجاع هدد بالضرب . فإن أبى ضرب بالفعل . ويكون ذلك كله بمجلس واحد ، لأنه معصية ، فإن ارتجع فالأمر ظاهر ، وإلا ارتجع الحاكم ، بأن يقول : ارتجعت لك زوجتك.

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ .

وجاز الوطء بارتجاع الحاكم ولو لم ينوها الزوج ؛ لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته ، وجاز به التوارث[١] .

طلاق غير المدخول بها والحامل

يرى المالكية أن علة المنع من تطليق المدخول بها أثناء حيضها وهى المنع من تطويل العدة عليها غير موجودة هذه العلة فى غير المدخول بها فيجوز تطليقها فى أى وقت فى الحيض أو فى الطهر لأنه لاعدة عليها — والحامل لاتطويل عليها إذا طلقت فى أى وقت ؛ لأن عدتها بوضع الحمل[٢].

٣ — الشافعية

تعريف الطلاق

عرف بعض الشافعية الطلاق شرعاً بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه وعرفه أبوزكريا يحي بن شرف النووى فى تهذيبه بأنه : تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح[٣]

الدليل على مشروعيته

الدليل على مشروعية الطلاق: الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » أى عدد الطلاق الذى تملك الرجعة بعده مرتان فلا ينافى أنه ثلاث وقد سئل صلى الله عليه وسلم أين الثالثة؟ فقال: أو تسريح بإحسان. ولذلك قال تعالى : بعد ذلك « فإن طلقها » أى الثالثة . فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره[٤].

(١،٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩

(٤) حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٢٣٤ .

وقوله تعالى : « يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » .

السنة

ومن السنة ماروى عن النبي، صلى الله عليه وسلم، « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق » . والمراد بالحلال فى هذا الحديث الشريف : المكروه فإنه حلال بمعنى جائز مبغوض لله ، لأنه نهى عنه نهى تنزيه .

ومنها أيضاً — ما روى عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « أتانى جبريل فقال لى راجع حفصة فإنها صوامة قوامة ، وإنها زوجتك فى الجنة » .

الإجماع

أجمع المسلمون من لدن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، إلى يومنا هذا على مشروعية الطلاق .

أركانه

أركان الطلاق خمسة: صيغة. ومحل ، وولاية عليه، وقصد ، ومطلق[1] .

١ — الصيغة

الطلاق إما صريح أو كناية:

فالصريح مالا يحتمل ظاهره غير الطلاق . ولذلك لايحتاج إلى نية . فلو قال الزوج بعد أن تلفظ بصريح الطلاق لم أرد الطلاق لم يقبل .

والكناية : مايحتمل غير الطلاق ، ولذلك يحتاج إلى نية[2] .

الوصف الشرعى للطلاق

جاء فى الإقناع «قسم جماعة الطلاق إلى الأحكام الخمسة. واجب كطلاق[3]

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج

(٢) حاشية الباجورى ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للعلامة الشيخ محمد الخطيب الشربينى ج ٢ ص ١٧٠

الحكم فى الشقاق ، ومندوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم ؛ كأن تكون غير عفيفة . وحرام ; كالطلاق البدعى، وكما سيأتى — ومكروه ، كطلاق مستقيمة الحال. وعليه حمل أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق . وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهواها الزوج ، ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها

الحنابلة

تعريف الطلاق :

عرف الحنابلة الطلاق بأنه حل قيد النكاح .

دليل مشروعيته :

استدل الحنابلة على مشروعية النكاح بما لا يخرج عما استدل به الشافعية فقالوا : والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فقول الله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[١] .

وقوله تعالى : (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)[٢] .

وجه الاستدلال :

فى الآية الأولى بين الله سبحانه وتعالى أنه يجوز أن يأتى الزوج بالطلاق وهذا دليل على أنه مشروع، وعلى أن الزوج له تكرار فعله . أما الآية الثانية فقد نصت على جواز الطلاق وإباحته وأبانت أنه ينبغى إذا دعت الضرورة

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة
(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق

لإيقاعه أن يكون فى طهر لم يمسها فيه لتستقبل بعده عدتها حسب ما بينته السنة النبوية وفصلته .

السنـــة

وأما السنة فمنها ما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فسأل عمر رسول الله ،صلى الله عليه وسلم، عن ذلك فقال له رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى امر الله أن يطلق لها النساء » .

وجه الاستدلال

الحديث واضح منه مشروعية الطلاق من وجوه منها : ابن عمر رضى الله عنهما طلق زوجته ولم ينكر عليه رسول الله إيقاعه الطلاق ، بل أنكر عليه إيقاعه الطلاق فى الحالة التى كانت عليها زوجته وقت أن أوقع عليها الطلاق . والسبب فى الإنكار ظاهر،فإن فى طلاق المرأة وهى حائض إلحاق ضرر بها،ومنه إطالةعدتها. فلوكان إيقاع الطلاق غيرمشروع لأنكر الرسول، صلى الله عليه وسلم على ابن عمر إيقاعه مطلقا لا إيقاعه زمن حيض زوجته .

كما أباح الرسول لابن عمر — بعدأن يراجع امرأته — ويتركها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، أن يطلقها بعد ذلك إن شاء قبل أن يمسها ؛ فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع ، ما أباحه رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، لابن عمر . فالرسول — صلوات الله عليه وسلامه لايبيح محظوراً[1] .

الإجماع

قال الحنابلة : وقد أجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة .

جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة. فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه(١).

الوصف الشرعى للطلاق

قال الحنابلة: الطلاق على خمسة أضرب:

١ — واجب: وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكمين فى الشقاق إذا رأيا ذلك.

٢ — مكروه: وهو الطلاق من غير حاجة إليه. وقال القاضى: فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه، وزوجته، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كإتلاف المال.

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لاضرر ولا ضرار».

(والثانية) أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»، وفى لفظ «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود. وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة إليه وقد سماه النبي، صلى الله عليه وسلم، حلالا؛ ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها.

٣ — مباح: وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها.

٤ — مندوب إليه: وهو عند تفريط المرأة فى حقوق الله الواجبة

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٣٣، ٢٣٤. والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة.

عليها مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد : لاينبغى له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ، ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه . ولا بأس بعضلها فى هذه الحال ، والتضييق عليها لتفتدى منه . قال الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ويحتمل أن الطلاق فى هذين الموضعين واجب . ومن المندوب إليه الطلاق فى حال الشقاق ، وفى الحال التى تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

٥ — محظور : وهو الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه . أجمع العلماء فى جميع الأمصار ، وكل الأعصار على تحريمه . ويسمى طلاق البدعة ؛ لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » : وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » . وفى لفظ رواه الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله، صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » . ولأنه إذا طلق فى الحيض طول العدة عليها ؛ فإن الحيضة التى طلق فيها لاتحسب من عدتها ، ولا الطهر الذى بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض ، وإذا طلق فى طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم . وتكون مرتابة لاتدرى أتعتد بالحمل أو بالإقراء .

تقسيم آخر

وقسم فقهاء الحنابلة الطلاق من حيث العدد ، والزمن إلى طلاق السنة ، وطلاق البدعة وباعتبار اللفظ إلى صريح ، وكناية .

أركان الطلاق

لم أجد لفقهاء الحنابلة عنوانا ضمنوه أركان الطلاق صراحة . لكنهم قالوا : ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ، ولو مميزاً بعقله ، ولو دون عشر ، يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه(١). ثم تكلموا فى بيان صيغة الطلاق، وقسموا الطلاق إلى صريح ، وكناية . كما قالوا : إن الصيغة يصح أن تكون بغير لفظ. فأجازوا طلاق الأخرس الذى تفهم إشارته — وقالوا : تعتبر إرادة لفظ الطلاق لمعناه ، فلا طلاق لفقيه يكرره ، وحاك عن نفسه أو غيره ، ولا من زال عقله لسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه، ولا لمن أكره على شرب مسكر ، أو شرب ما يزيل عقله، ولم يعلم أنه يزيل العقل ، أو أكل بنجا ونحوه ولو لغير حاجة(٢) . وقالوا : إن جزء الطلقة : كالطلقة فإذا قال أنت طالق نصف طلقة طلقت طلقة(٣) .

وقالوا فيما لو قال رجل لامرأته : أنت طالق فى كل سنة طلقة إنها تطلق الطلقة الأولى فى الحال، والثانية فى أول المحرم، وكذا الثالثة إن بقيت الزوجة فى عصمته ، وإن بانت حتى مضت السنة الثالثة ثم تزوجها لم يقع. ولو نكحها فى الثانية أو الثالثة وقعت الطلقة عقبه(٤) .

ومفاد هذا أنهم يرون أن كل هذه الأمور من أركان الطلاق بمعنى أنه يتوقف عليها . أى أنهم يرون الصيغة والمطلق والزوجة من أركان الطلاق .

---

(١) متن الإقناع لشيخ الإسلام شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ج ٤ ص ٣

(٢،٣) المصدر السابق ص ٣ ، ١٧ .

(٤) المصدر السابق ص ٢٨ .

الشيعة الإمامية

معنى الطلاق

عرف الشيعة الإمامية الطلاق بأنه : إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق . وقالوا : إن أركانه أربعة . الصيغة ، والمطلق ، والمطلقة ، والإشهاد على الصيغة .

صيغة الطلاق

صيغة الطلاق المعتبرة هي اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه من إشارة الأخرس .

ألفاظ الصريح

يرى الشيعة الإمامية أن صريح الطلاق لا يتحقق إلا إذا تلفظ المطلق وقال أنت طالق ، أو زوجتي فلانة طالق وقالوا : إنه لا يكفي أنت طلاق في وقوع الطلاق ، ولا يكفي أنت مطلقة ، ولا طلقت فلانة على قول مشهور؛ لأنه ليس بصريح ، فلا بد من ذكر اسم الزوجة أو ما يفيد التعيين . وقالوا في التعليل لعدم وقوع الطلاق بقول الزوج أنت مطلقة ، وأنت طلاق . إن هذا إخبار ، ونقله إلى إنشاء الطلاق على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود ، فاطراده في الطلاق قياس والنص دل فيه على طالق ، ولم يدل على غيره فيقتصر عليه[1] .

لا يقع الطلاق بالكنايات

نص الشيعة الإمامية على أن الزوج لو قال لزوجته أنت سراح،أو سرحتك، أو فارقتك، لا يقع بهذا القول الطلاق؛ وإن عبر القرآن بهذين اللفظين عن الطلاق بقوله «أو تسريح بإحسان»؛ لأنهما، عند الإطلاق لا يطلقان عليه ،

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعي العاملي ج ٢ ص ١٤٧ .

فكانا كناية عنه لاصراحة فيهما، والتعبير بهما لا يدل على جواز إيقاعه بهما.

وتفريعاً على قاعدتهم السابقة وهى أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ صريح فيه، وهو لفظ طالق، بأن يقول المطلق للزوجة: أنت طالق، أوزوجتى فلانة طالق . أما كنايات الطلاق فلا يقع بها الطلاق لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله . وقالوا بعدم وقوع الطلاق؛ بقول المطلق: أنت خلية أو برية ، أو بتة، أو بتلة ، أوحرام، أو بائن ، أو اعتدى وإن قصد الطلاق.

طلاق الأخرس

طلاق الأخرس بالإشارة المفهمة له، وإلقاء القناع على رأسها ؛ ليكون قرينة على وجوب تسترها منه . والرأى الشائع ، عند فقهاء الإمامية ، أن طلاق الأخرس إنما هو بإشارته المفهمة لإرادته إنشاء الطلاق وإلقاء القناع على رأسها هو من جملة الإشارات[١] .

الطلاق لا يقع بالكتابة

قال الإمامية : لا يقع الطلاق بالكتب بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابة من دون تلفظ ممن يحسن التلفظ، سواء كان الكاتب حاضراً أو غائباً على أشهر القولين ، لأصالة بقاء النكاح، ولحسنة محمد بن مسلم عن الباقر (ع): « إنما الطلاق أن يقول : أنت طالق » الخبر وحسنة زرارة عنه (ع) فى رجل كتب بطلاق إمرأته قال « ليس ذلك بطلاق » — وفى المذهب رأى يفيد أن الطلاق يقع بالكتابة للغائب دون الحاضر لصحيحة أبى حمزة الثمالى عن الصادق (ع) « فى الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه ، أو يخطه بيده ، وهو يريد الطلاق » وحمل على حالة الاضطرار جميعاً ، ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً غير مقيد بالضرورة بالنسبة للغائب فقط . واشترط من يقول بوقوع الطلاق بالكتابة للغائب أن يراه الشاهدان ، وهو يكتب ؛ لأن ذلك بمثابة النطق بالطلاق، فلا يتم إلا بالشاهدين. وكذا يعتبر رؤيتهما إشارة العاجز عن النطق[٢].

(١ و ٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى جـ ٢ ص ١٤٧ ، ١٤٨

لو اختارت المرأة نفسها لا يقع الطلاق

كذلك يرى الإمامية، على الرأى الراجح عندهم، أن الزوج لو خير زوجته بين الطلاق والبقاء، يقصد الطلاق، فاختارت نفسها فى الحال لا يقع الطلاق. وهناك رأى آخر فى المذهب بوقوع الطلاق[1]. وبه قال ابن الجنيد.

أدلة الرأى الأول

استدل من قال بعدم الطلاق لو اختارت المرأة الطلاق بقول الصادق (ع) «ما للناس والخيار إنما هذا شىء خص الله به رسوله، صلى الله عليه وسلم».

ما استدل به ابن الجنيد

استدل ابن الجنيد على وقوع الطلاق باختيار المرأة نفسها إذا خيرها فى ذلك زوجها بصحيحة حمراز عن الباقر عليه السلام: «المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق». ورد هذا الدليل بأن ذلك محمول على تخيرها بسبب غير الطلاق كتدليس وعيب جمعا بين الدليلين.

٣ ـ الشافعية

الطلاق السنى والبدعى:

فى مذهب الشافعية اصطلاحان: أحدهما وهو أضبط: أن الطلاق ينقسم إلى قسمين: سنى وبدعى. وجرى على هذا الاصطلاح صاحب المنهاج[2]. فقال: الطلاق سنى وبدعى. وثانيهما، وهو أشهر يقسم الطلاق إلى سنى،

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧، ١٤٨

(٢) صاحب المنهاج الفقيه العلامة ابو زكريا يحيى بن شرف النووى من أعلام فقهاء الشافعية فى القرن السابع الهجرى.

وبدعى ، ولا ولا ، فإن طلاق الصغيرة والآيسة والمختلعة والتى استبان حملها منه ، وغير المدخول بها، لا سنة فيه ولا بدعة .

وعرف الشافعية الطلاق السنى : بأنه طلاق مدخول بها فى طهر لم يجامعها فيه ، ولا فى حيض قبله ، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، وهى تعتد بالأقراء .

وأما الطلاق البدعى فضربان : طلاق من شخص فى حيض موطوءة ولو فى الدبر ، ومثلها من استدخلت ماءه المحترم ولو فى عدة من رجعى ، وهى تعتد بالأقراء[1] . وهذا النوع من الطلاق حرام لمخالفته لقوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » أى فى الوقت الذى يشرعن فيه فى العدة ، وزمن الحيض لا يحسب من العدة ، والمعنى فيه تضررها بطول العدة ، فإن بقية الحيض لا تحسب منها ، والنفاس كالحيض لشمول المعنى المحرم له .

قال صاحب المغنى : لو أن الرجل ابتدأ طلاق زوجته فى حال حيضها ولم يكمله حتى طهرت فالأوجه أن هذا الطلاق ليس بدعيا . ولو حاضت الحامل فلا يحرم طلاقها — وطلاق المتحيرة ليس بسنى ولا بدعى .

ولو علق الرجل طلاق زوجته وهى حائض على شرط كأن يعلقه بدخول دار مثلا فليس ببدعى ، لكن ينظر .

وقال صاحب المنهاج : لو أن المرأة سألت زوجها طلاقها فى حيضها فطلقها فيه لم يحرم لرضاها بتطويل العدة . وعلق على ذلك صاحب «مغنى المحتاج» قائلا : والأصح التحريم لإ طلاق قوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن»، ولأنه، صلى الله عليه وسلم، لما أنكر الطلاق فى الحيض لم يفصل ، ولو علق الطلاق باختيارها فأتت به فى حال الحيض مختارة[2] .

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٠٧ .

(٢) المصدر السابق . والاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٢ ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

والضرب الثاني، للبدعي: طلاق في طهر وطيء فيه في قبل، وكذا في دبر على الأصح، من قد تحبل لعدم صغرها ويأسها ، ولم يظهر حمل منها ؛ لأنه قد يندم لو ظهر حمل ، فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل، وعند الندم قد لا يمكنه التدارك فيتضرر الولد. وقال بعض فقهاء الشافعية : إن استدخال ماء الرجل المحترم هو بمثابة الوطء .

وهناك ضرب ثالث للبدعي مذكور في الروضة ، وهو في حق من له زوجتان ، وقسم لإحداهما ، ثم طلق الأخرى قبل المبيت عندها . ولو نكح حاملا من زنى ثم دخل بها ، ثم طلقها، نظر، إن لم تحض فبدعي؛ لأنها لا تشرع في العدة إلا بعد الوضع والنفاس ، وإلا فإن طلقها في الطهر، فسني ، أو في الحيض، فبدعي.

وقال صاحب المنهاج: لو وطىء الرجل حائضاً وطهرت فطلقها فبدعي في الأصح لاكتمال علوقها بذلك . وهناك رأى آخر يقول : إن الطلاق ، في هذه الحالة ، ليس ببدعي ، لأن بقية الحيض تشعر بالبراءة .

لا تجب الرجعة على من طلق بدعيا .

قال الشافعية : من طلق طلاقا بدعياً ولم يستوف عدد الطلاق سن له الرجعة ما لم يدخل الطهر، ثم بعد الرجعة إن شاء طلق بعد تمام طهر : لخبر الصحيحين « إن ابن عمر ،رضي الله عنهما طلق ، زوجته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي، صلى الله عليه وسلم، فقال: مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً » أي : قبل أن يلمسها إن أراد . صرح بذلك في بعض رواياتهما .

ولم يقل الشافعية بوجوب الرجعة كما قال المالكية؛ لأن النبي، صلى الله عليه وسلم ، لم يأمره ،وإنما أمر أباه أن يأمره ؛ والأمر بالأمر بالشيء ليس أمرا بذلك الشيء، لقوله صلى الله عليه وسلم، «مروهم بالصلاة لسبع سنين» كذا قالوه :

فإن قيل قوله : « فليراجعها » أمر منه ، صلى الله عليه وسلم ،أجيب بأن المراد فليراجعها لأجل أمرك ، فيكون الوجوب لأجل الوالد .

ترك الرجعة ليس بمكروه:

قال بعض الشافعية : لو أن المطلق طلاقا بدعياً ترك الرجعة لا يكره له ذلك. قال فى الروضة : إنه ينبغى كراهة ذلك ؛ للحديث الآمر بالرجعة ، ولدفع الإيذاء — ورد هذا القول بأن الحديث لانهى فيه .

٤ — الحنابلة

طلاق السنة عند الحنابلة

قال الحنابلة : طلاق السنة هو : أن يطلقها من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها . قال أحمد : طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. وقال الحنابلة : لو طلقها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد[1] .

الدليل

استدل الحنابلة بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد للسنة فيندم . وعدم الندم لايحصل إلا فى حق من لم يطلق ثلاثاً .

كما قال ابن سيرين : إن علياً ، كرم الله وجهه، قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ، ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ؛ يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً ، فمتى شاء راجعها. كذلك استدل الحنابلة بما رواه ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: طلاق السنة: أن يطلقها وهى طاهر، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ويراجعها إن شاء .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٣٦-٢٣٧ .

مناقشه الحنابلة لأدلة الحنفية

قال الحنابلة : إن الأحناف قد استدلوا على أن طلاق السنة هو أن يطلقها ثلاثاً ، فى كل قرء طلقة، بحديث ابن عمر ، حين قال له النبي، صلى الله عليه وسلم: (راجعها ، ثم أمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر). وقالوا: إن الرسول، صلى الله عليه وسلم، امره بإمساكها فى هذا الطهر، لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل، فإذا مضى ومضت الحيضة التى بعده أمره بطلاقها . كما استدلوا بالحديث المروى عن ابن عمر : « والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء » . وبما روى النسائى بإسناده عن عبد الله؛ قال : « طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهى طاهر فى غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة » .

وقال الحنابلة: إن حديث ابن عمر الأول لاحجة للحنفية فيه؛ لأنه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال أبو حنيفة: لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيباً للسنة ؛ لأنه لا يكون مرتجعا لها . والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها فافترقا ولأن ما ذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث فى طهر واحد . وتحريم المرأة لايزول إلا بزواج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث[1] .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٣٧ .

الطلاق البدعى

قال الحنابلة: الطلاق البدعي: هو أن يطلق الرجل زوجته وهى حائض او فى طهر أصابها فيه .

حكم الطلاق البدعى

يقع الطلاق البدعى ويوجب الإثم . واستدل الحنابلة لذلك بحديث ابن عمر : أنه طلق امرأته وهى حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فالأمر بالرجعة دليل على أن طلاق ابن عمر لزوجته الحائض قد وقع وإلا ما كان هناك داع لأن يأمره الرسول، صلى الله عليه وسلم ، بمراجعتها . وفى رواية الدار قطنى قال : فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أنى طلقتها ثلاثاً أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال، «لا ، كانت تبين منك، وتكون معصية »وقال نافع. وكان عبدالله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره الرسول ، صلى الله عليه وسلم . كما يوضح ويؤكد وقوع الطلاق الذى يوقعه الرجل على امرأته الحائض رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال : قلت لابن عمر : أفتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال : نعم ، أرأيت إن عجز واستحق؟ .وكل ما تقدم أحاديث صحاح .

وقال الحنابلة : إن الطلاق الواقع على المرأة الحائض طلاق من مكلف فى محل الطلاق فلابد من الحكم بوقوعه. وإنتاج أثره كالطلاق الذى يوقعه الرجل على زوجته الحامل. وهو عمل ليس بقربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة السنة، بل هو إزالة عصمة وقطع ملك ؛ فإيقاعه فى زمن البدعة أولى تغليظاً عليه، وعقوبة له . أما غير الزوج فلا يملك الطلاق . والزوج يملكه بملكه محله .

رجعة المطلقة طلاقا بدعيا مستحبة

خالف الحنابلة المالكية فلم يقولوا بوجوب رجعة المطلقة طلاقا بدعيا. وقالوا باستحباب رجعتها، وهذا هو ظاهر المذهب واستدلوا لذلك بأمر النبى

صلى الله عليه وسلم لابن عمر بمراجعته زوجته التى طلقها وهى حائض. وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذى حرم الطلاق.

رواية أخرى

وحكى ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى تقول : إن الرجعة تجب وأختارها ؛ لظاهر الأمر فى الوجوب ، ولأن الرجعة تجرى مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ، ههنا ، واجب بدليل تحريم الطلاق ؛ ولأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف » فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق.

مناقشة أدلة هذه الرواية

قال صاحب المغنى يناقش ماسيق تدليلا على وجوب الرجعة فىالطلاق البدعى فقال : ولنا أنه طلاق لايرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق فقال فى طهر مسها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لاتجب. حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء. وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة. وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب[1].

الظاهرية

قال ابن حزم : طلاق السنة هو أن يطلق الرجل امرأته فى طهر لم يطأها فيه وهو طلاق لازم كيفما أوقعه إن شاء طلقة واحدة ، وإن شاء طلقتين مجموعتين، وإن شاء ثلاثا مجموعة... فإن كانت حاملا منه أومن غيره ، فله أن يطلقها حاملا وهو لازم ولو إثر وطئه إياها. فإن كان لم يطأها قط

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٨ ص ٢٣٨

فله أن يطلقها فى حال طهرها ، وفى حال حيضها إن شاء واحدة ، وإن شاء اثنتين ، وإن شاء ثلاثا . فإن كانت لم تحض قط أو قد انقطع حيضها طلقها أيضاً كما قلنا فى الحال[1] .

الطلاق البدعى

والطلاق البدعى عند الظاهرية كما يوضحه كلام ابن حزم[2] هو طلاق الرجل امرأته أثناء حيضها ، أو فى أثناء طهرها الذى وطئها فيه .

مدى نفاذ الطلاق البدعى

قال ابن حزم : من أراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له أن يطلقها فى حيضتها ، ولا فى طهر وطئها فيه . فإن طلقها طلقة ، أو طلقتين فى طهر وطئها فيه أو فى حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهى امرأته كما كانت إلا أن يطلقها كذلك ثالثة أو ثلاثة مجموعة فيلزم .

الأدلة

قال ابن حزم

غير المدخول بها يجوز أن يطلقها زوجها فى أى وقت وبالعدد الذى الذى يريده واحدة أو اثنين أو ثلاثا . لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا انكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها[3] .

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٦١ مسألة رقم ١٩٤٩

(٢) المصدر السابق .

(٣) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب

وجه الاستدلال

قد أباح الله عز وجل فى الآية المذكورة طلاق التى تمس بالوطء ولم يحدد فى طلاقها وقتا ، ولا عددا، فوجب أن يعلم من ذلك أن هذا حكمها . وإن دخل بها وطال مكثها معه، ولو أشفرها[1] فحملت من ذلك ؛ لأنه لم يمسها، ولا تكون بذلك محصنة ، لأن الله تعالى لم يستثن شيئاً من ذلك (وما كان ربك نسيا) .

قال ابن حزم : فإن قيل : فمن أين حكمتم بذلك فى الكتابيات إذا طلقهن المؤمنون وأنتم تبطلون القياس ؟ قلنا لقوله تعالى : (وأن احكم بينهم بما أنزل الله)[2] وبقوله تعالى: (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله)[3] وأخص من هذا كله بجواب هذا السؤال قوله تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة)[4] فقد عمم عز وجل جميع النساء ، ولم يخص مؤمنة من كافرة . فهذا قوله عز وجل فى غير الموطوءة .

طلاق الموطوءة

قال ابن حزم : أما فى الموطوءة فقول الله عز وجل : (يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً)[5] ،

---

(١) أشفرها أى جامعها بين شفريها .

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة

(٣) الآية رقم ٣٩ من سورة الأنفال

(٤) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة

(٥) الآية رقم ١ من سورة الطلاق

والعدة لاتكون من الطلاق إلا فى موطوءة ، فعلمنا الله عز وجل كيف يكون طلاق الموطوءة وأخبرنا أن تلك حدود الله، وأن من تعداها ظالم لنفسه، فصح أن من ظلم وتعدى حدود الله عز وجل ففعله باطل مردود ؛ لقول النبي، صلى الله عليه وسلم: « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» فصح أن الطلاق المذكور لايكون إلا للعدة كما أمر الله عز وجل . فنظرنا بيان مراد الله عز وجل بقوله : (فطلقوهن لعدتهن) فوجدنا ماروريناه من طريق محمد بن عبد الله بن نمير حدثنا أبي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : « طلقت امرأتي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم، فقال : مره فليراجعها ، ثم ليدعها حتى تطهر ، ثم تحيض حيضة أخرى ، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها أو يمسكها ، فإنها العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء » . فكان هذا بيانا لايحل خلافه . وقد روى هذا الخبر بنقصان عما أوردناه ، منها ماروريناه من طريق شعبة عن قتادة قال : سمعت يونس بن جبير قال سمعت ابن عمر يقول «طلقت امرأتي وهي حائض فأتى عمر النبي، صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له ، فقال النبي، صلى الله عليه وسلم: « مره فليراجعها فإذا طهرت فإن شاء طلقها » .

وقد روينا الأخذ بهذا عن عطاء قال علي : وزيادة العدل لايحل ترك الأخذ بها وهو خبر واحد عن قصة واحدة فى مقام واحد .

طلاق الحامل

قال ابن حزم . وأما طلاق الحامل فتنص عليها ما رويناه من طريق مسلم نا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان الثورى عن مولى بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » .

طلاق التى لم تحض

وقال ابن حزم : وأما التى تحض أو قد انقطع حيضها فإن الله عز وجل أجمل لنا إباحة الطلاق وبين[1] لنا طلاق الحامل وطلاق التى تحيض ، ولم يحد لنا تعالى فى التى لم تحض ولا فى التى انقطع حيضها حدا فوجب أنه تعالى أباح طلاقها متى شاء الزوج إذ لو كان له عز وجل فى وقت طلاقها شرع لبينه لنا .

وقوع الطلاق فى الحيض

قال ابن حزم : اختلف الناس فى الطلاق فى الحيض إن طلق الرجل كذلك أو فى طاهر وطئها فيه هل يلزم ذلك الطلاق أم لا ؟ وقد ادعى بعض القائلين بوقوع الطلاق فى هذه الحالة بأن الإجماع انعقد على ذلك . وقد كذب مدعى ذلك لأن الخلاف فى ذلك موجود ، وحتى لو لم يبلغنا لكان القاطع على جميع أهل الإسلام بما لا يقين عنده ولا بلغه عن جميعهم كاذبا على جميعهم ، قال ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ، ووجهان حرام فأما الحلال فإن يطلقها من غير جماع أو حاملا مستبينا حملها ، وأما الحرام فإن يطلقها حائضا ، أو حين يجامعها لا يدرى أيشتمل الرحم على الولد أم لا ؟ . ومن المحال أن يجيز ابن عباس ما يخبر بأنه حرام وقد ورد عن ابن مسعود أنه قال : من طلق كما أمر الله تعالى فقد بين الله تعالى له ، ومن خالف فإنا لا نطيق خلافه . وقال ابن عمر فى الرجل يطلق امرأته وهى حائض إنه لا يعتد بطلاقه . وعن عبد الله بن طاوس عن أبيه أنه كان لا يرى طلاقا ماخالف وجه الطلاق ووجه العدة ، وكان يقول وجه الطلاق أن يطلقها طاهراً عن غير جماع وإذا استبان حملها . وروى همام بن يحيى عن قتادة عن خلاس بن عمرو أنه قال فى الرجل يطلق امرأته وهى

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٦٢–١٦٣ .

حائض قال : لا يعتد بها . . . وأنكر ابن حزم وجود إجماع من الصحابة على إمضاء الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيها سوى الرواية التى نقلت عن ابن عمر ، وقد عارضها ماهو أحسن منها عن ابن عمر — أما مانقل عن أن عثمان بن عفان كان يقضى فى المرأة التى يطلقها زوجها وهى حائض أنها لاتعتد بحيضتها تلك وتعتد بعدها ثلاثة قروء ومن أن زيدا بن ثابت قال ، فيمن طلق امرأته وهى حائض : يلزمه الطلاق وتعتد بثلاث حيض سوى تلك الحيضة . فهذه رواية ضعيفة لا يعتد بها . فالثابت الذى لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم قاطبة أن الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه بدعة نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل بدعة ضلالة فلا مخالفة لأمره صلى الله عليه وسلم فكيف يستجيزون الحكم بتجويز البدعة التى يقرون أنها بدعة وضلالة أليس بحكم المشاهدة مجيز البدعة مخالفا لإجماع القائلين بأنها بدعة ؟ .

ورد ابن حزم الحديث المروى عن أنس رضى الله عنه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته » فقال : أنه حديث موضوع بلا شك لم يروه أحد من أصحاب حماد بن زيد الثقات إنما هو من طريق إسماعيل بن أمية الذراع فإن كان القرشى الصغير البصرى وهو بلا شك فهو ضعيف متروك . وإن كان غيره فهو مجهول لا يعرف من هو . وإن كان هذا الحديث من طريق عبد الباقى بن قانع راوى كل كذبة المنفرد بكل طامة فلا يعتد بحديثه — وعلى فرض أن هذا الحديث صحيح فلا حجة فيه لأن معنى ألزمناه بدعته أى إثمها كما قال الله عز وجل : (وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه)[1] وليس فى الحديث ما يفيد أنه يحكم عليه بإمضاء حكم بدعته وتجويزها فى الدين . أما ماروى عن من طريق عبد الرازق عن ابن

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٦٤ .

جريج قال أرسلنا إلى نافع وهو يترجل[1] فى دار الندوة ذاهبا إلى المدينة ، ونحن مع عطاء ، هل حسبت تطليقة عبد الله بن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم . . فهذا الخبر موقوف على نافع ليس فيه أنه سمعه من ابن عمر فبطل الاحتجاج به . وأما ما نسب إلى ابن عمر من أنه قال : ما يمنعنى أن اعتد بها ، وقوله وحسبت لها التطليقة التى طلقتها ، فلم يقل فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حسبها تطليقة ، ولا أنه عليه الصلاة والسلام هو الذى اعتد بها طالقة إنما هو إخبار عن نفسه ، ولا حجة فى فعله ، ولا فى فعل أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم — أما حديث بن أبى ذئب من أن نافعا أخبرهم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مرة فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وهى واحدة » فغير مقطوع بأن لفظ « وهى واحدة » من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هى لفظة أتى بها ابن أبى ذئب وحده ، والشرائع لا تؤخذ بالظنون . ثم لو صح يقينا أنها من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم لكان معناه وهى واحدة أخطأ فيها ابن عمر . أو وهى قضية واحدة لازمة لكل مطلق ، والرواية الصحيحة قد ذكرناها قبل من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر فيمن طلق امرأته حائضا أنه لا يعتد بذلك . وقد روى مثل ذلك مما يقوى هذه الرواية عن ابن جريج أنه قال أخبرنى أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر قال أبو الزبير وأنا اسمع كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا . فقال ابن عمر : طلق عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

---

(١) يترجل : أى يسرح شعره .

إن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض قال عبد الله : فردها على ولم يرها شيئا ؟ وقال : إذا طهرت فليطلق إذا شاء ، أو ليمسك وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم (يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن) . وهذا مما قرئ ثم رفعت لفظة فى قبل وأنزل الله تعالى (لعدتهن) —

وقال ابن حزم : إن القول بأن أمر رسول الله لابن عمر بمراجعة زوجته دليل على أنها طلقة وأنه يعتد بها . قول لا دليل فيه على هذا الزعم لأن ابن عمر بلا شك إذ طلق زوجته حائضا فقد اجتنبها ، فإنما أمره عليه الصلاة والسلام بأن يترك فراقه لها ، وأن يراجعها كما كانت قبل بلا شك ..

أما قول بعض الفقهاء الورع إلزامه تلك الطلقة إذ قد يطلقها بعد ذلك بطلقتين فتبقى عنده ولعلها مطلقة ثلاثا . فهذا القول يتنافى والورع بل هو ضد الورع إذ معنى قولهم هذا إباحة فرجها لأجنبى بلا بيان ، وإنما الورع أن لاتحرم على المسلم امرأته التى نحن على يقين من أن الله عز وجل أباحها له وحرمها على من سواه إلا بيقين وأما بالظنون والمحتملات فلا[1] .

تعجب

وتعجب ابن حزم ممن قالوا بوقوع طلاق من طلق امرأته وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه . فقال : والعجب كله أنهم إن وجدوا فى الطلاق فى الحيض ما يشغبون به مما ذكرنا ، فأى شىء وجدوا فى طلاقه إياها فى طهر وطئها فيه . فإن قالوا : قسناه على الطلاق فى الحيض قلنا : هذا باطل من القياس ، ولو كان القياس حقا لكان هذا منه عين الباطل لأنه قياس الشىء على ضده ، (قياس طهر على حيض) فكيف والقياس كله باطل . فإن قالوا : إنكم تلزمونه الطلاق فى الحيض وفى طهر مسها فيه إذا كان الطلاق ثالثا ، أو ثلاثة مجموعة ، وفى غير المدخول بها بكل حال قلنا : نعم

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦٦

لأن قول الله عز وجل (فطلقوهن لعدتهن) لا إشكال فى أنه تعالى إنما أمر بذلك فى المدخول بها فيما كان من الطلاق دون الثلاث ، وفى هذين الوجهين أفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر ، ولم يأمر قط عز وجل بذلك فى غير مدخول بها ، ولا فيمن طلق ثالثة ، أو ثلاثة مجموعة . وليس فى غير المدخول بها عدة طلاق فيلزم أن يطلق لها كما بينا بنص القرآن وقوله تعالى : (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ، فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف) وليس هذا فى طلاق الثلاث . فقد ورد عن نافع عن ابن عمر « أنه طلق امرأته واحدة وهى حائض » كما ورد من طريق مسلم حدثنا محمد بن رمح حدثنا الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر «أنه طلق امرأته وهى حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة أخرى ، ثم يمهلها حتى تطهر من حيضتها فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » .

قال ابن عمر : أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين . فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرك بذلك . وإن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك » .

وقال ابن حزم : قد يمكن أن ابن عمر أراد بالمعصية (عصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك) من طلقها كذلك دون الثلاث .

طلاق الثلاث دفعة واحدة

يرى الظاهرية أن إيقاع الطلاق ثلاثا مجموعة هو طلاق سنة وينفذ ويستدلون لذلك بالكتاب والسنة وبفعل الصحابة وأقوالهم .

الكتاب

أما الكتاب فمنه قوله تعالى (فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره)[1]

(١) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة

وقوله جل شأنه: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[1].

وقوله تعالى : (وللمطلقات متاع بالمعروف)[2] .

وجه الاستدلال

الآية الأولى تفيد أن من طلقت ثلاثا لا تحل لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره سواء كانت الثلاث مجموعة أم مفرقة ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص مخصص .

وأما الآية الثانية (وإذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ...) فهى تفيد عدم إباحة الطلاق الثلاث والاثنين والواحدة .

والآية الثالثة (وللمطلقات متاع بالمعروف) لم يخص الله سبحانه وتعالى مطلقة واحدة من مطلقة اثنتين ، ومن مطلقة ثلاثا .

السنـــة

ما روى من حديث التعان عويمر العجلانى مع امرأته وفى آخره أنه قال« كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها» فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وجه الاستدلال

١ — حدث أمام الرسول صلى الله عليه وسلم تطليق عويمر العجلانى لامرأته ثلاثا دون أن ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ذلك فلو كان ذلك معصية لما سكت رسول الله صلى عليه ولاعترض على فعله وأنكره . فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الإنكار على من طلق ثلاث طلقات بلفظ واحد امرأة يظنها امرأته ولا يشك أنها فى عصمته دليل على أن مافعله

(١) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب

(٢) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة

سنة مباحة ، إذ لو كانت طلاق الثلاث مجموعة معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك، ولم يوجد فى خبر آخر ما يفيد النهى عنه.

٢ — ما روى عن عبيد الله بن عمر أخبرنا القاسم عن محمد بن أبى بكر عن عائشة أم المؤمنين قالت : إن رجلا طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلق .

(أى طلقها الزوج الثانى) فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحل للأول ؟ قال : «لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول » .

وجه الاستدلال

لم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا السؤال. ولو كان الثلاث بلفظ واحد لا يجوز، لأخبر بذلك . فدل على أن الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد مباح.

٣ — ما روى أن فاطمة بنت قيس وذكرت أن زوجها ابن حفص ابن المغيرة المخزومى طلقها ثلاثا ، ثم انطلق إلى اليمن ، فانطلق خالد بن الوليد فى نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا : إن ابن حفص طلق امرأته ثلاثا فهل لها من نفقة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ليس لها نفقة ، وعليها العدة » .

وقد نقل هذا الحديث من عدة طرق منها طريق مسلم أخبرنا محمد بن المثنى أخبرنا حفص بن غياث أخبرنا هاشم بن عروة عن أبيه عن فاطمة بنت قيس قالت : قلت يارسول الله زوجى طلقنى ثلاثا ، أخاف أن يقتحم على قال : فأمرها فتحولت » ومن طريق مسلم أخبرنا محمد بن المثنى أخبرنا عبد الرحمن ابن مهدى أخبرنا سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المطلقة ثلاثا قال : «ليس لها سكنى ولا نفقة» .

وجه الاستدلال

هذه الروايات المتواترة عن فاطمة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم فى المطلقة ثلاثا ، ولم ينكر عليه الصلاة والسلام على من طلقها ثلاثا ،

ولم يخبر بأنه فعله ليس من السنة دليل على أن هذا الفعل ليس ببدعة[1] .

قول الصحابة :

قال ابن حزم : الثابت عن عمر الذى لا يثبت عنه غيره. ما رويناه عن عبد الرازق عن سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل أخبرنا زايد بن وهب أنه رفع إلى عمر بن الخطاب برجل طلق امرأته ألفا فقال له عمر : أطلقت امرأتك ألفا ؟ فقال إنما كنت ألعب، فعلاه عمر بالدرة وقال: إنما يكفيك من ذلك ثلاث، فهذه الرواية عن عمر تفيد أنه ما ضرب إلا لأنه زاد فى طلاقه على الثلاث ، وأحسن عمر فى ذلك وأعلمه أن الثلاث تكفى ولم ينكرها . ونقل عن حبيب ابن أبى ثابت أن رجلا جاء إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه ؛ فقال : إنى طلقت امرأتى ألفا فقال له على : بانت منك بثلاث ، واقسم سائرهن بين نسائك فلم ينكر على ، رضى الله عنه، جمع الثلاث . ومثل هذا نقل عن عثمان بن عفان وابن عباس . أما ما نسب إلى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله لمن يطلق ثلاثا ثم ندم : لو اتقيت الله لجعل لك مخرجا ، فلا يفيد أن طلاق هذا الرجل ثلاثا بلفظ واحد معصية . كذلك روى عن علقمة أنه قال : جاء إلى ابن مسعود. فقال : إنى طلقت امرأتى تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود: ثلاث تبينها. وسائرهن عدوان . فلم ينكر ابن مسعود على الرجل جمع الطلاق الثلاث فى لفظ واحد ، وإنما أنكر عليه الزيادة على الثلاث . كذلك روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: « طلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع ». فلم يخص ابن مسعود طلقة من طلقتين من ثلاث. فإن قيل: إنه قد روى عن ابن مسعود هذا الأثر فيه: « فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى»، قلنا نعم : هذا أيضاً سنة ، وليس فيه أن ماعدا ذلك حرام وبدعة .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٠ .

رأى التابعين

وقال ابن حزم : وأما التابعون فلم يعلم عن أحد منهم التصريح بأن الثلاث معصية إلا الحسن فقد روى من طريق وكيع. عن إسماعيل بن أبى خالد عن الشعبي قال : قال رجل لشريح القاضى : طلقت امرأتى مائة فقال بانت منك بثلاث، وسبع وتسعون إسراف ومعصية . فلم ينكر شريح الثلاث ، وإنما جعل الإسراف والمعصية ما زاد على الثلاث . وروى عن سعيد بن المسيب قال : طلاق العدة : إذا طهرت من الحيضة بغير جماع . فلم يخص واحدة ، من ثلاث ، من إثنتين .

الشيعة الإمامية

أقسام الطلاق :

قال الإمامية : ينقسم الطلاق إلى أربعة أقسام ، وهى :

١ — طلاق حرام، وهو طلاق الحائض لا مع المصحح له، وهو أحد أمور ثلاثة (ا) عدم الدخول (ب) الحمل (ﺟ) الغيبة على وجه مخصوص. والمراد غيبة الزوج مدة يعلم أو يظن انتقال الزوجة فيها من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره . ويختلف ذلك باختلاف عادتها ؛ فإذا حصل الظن بأنها ليست حائضاً جاز طلاقها ، وإن اتفق كونها حائضاً حال الطلاق إذا لم يعلم بحيضها حينئذ ، ولو بخبر من يعتمد على خبره شرعاً وإلا بطل . وفى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر المواقعة على أقوى الأقوال فى المذهب(١). وفى حكم الغائب من لا يمكنه معرفة حالها بحبس ونحوه مع حضوره. كما أن الغائب الذى يمكنه معرفة حالها ، أو قبل . انقضاء المدة المعتبرة فى حكم الحاضر . وكذلك من أنواعه طلاق النفساء. ومن الطلاق المحرم طلاق المرأة فى طهر جامعها فيه وهى غير صغيرة ولا يائسة ولا حامل، مع علمه بحالها التى طلقها

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠ للجبعى العاملى .

فيه ، وهو أنه طلقها فى طهر جامعها فيه أو مطلقا ، سواء علم بحالها أو لا ، فيحرم الطلاق؛ لأنه لا يستثنى للغائب إلا مصادفة الطلاق للحيض . وأما وقوعه فى طهر المواقعة فلا يستثنى ، وإن ظن الانتقال منه إلى طهر آخر .

٢ — طلاق مكروه : وهو الطلاق مع التئام أخلاق الزوجين . فإنه ما من شىء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق ، وذلك حيث لا موجب له .

٣ — الطلاق الواجب: وهو طلاق المولى والمظاهر، فإنه يجب عليه أحد الأمرين أن يفىء أو يطلق فكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخييرى، وهو واجب مطلق .

٤ — سنة : وهو الطلاق مع الشقاق بينهما وعدم رجاء الاجتماع والوفاق والخوف من الوقوع فى المعصية، فالطلاق يسن فى هذه الحالة تخلصاً من الخوف من الوقوع فى المعصية . والطلاق المنسوب للسنة يطلق على كل طلاق جائز شرعاً . والمراد به الجائز بالمعنى الأعم، وهو ما قابل الحرام ، ولذا يسمى مقابله بالطلاق البدعى، وهو الحرام ، كما يطلق السنى على معنى أخص من الأول ، وهو أن يطلق على الشرائط المعتبرة فى صحته، ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانياً .

والطلاق السنى بالمعنى الأعم ثلاثة أقسام :

(ا) بائن — لا يمكن المطلق الرجوع فيه ابتداء ؛ وهو ستة: طلاق غير المدخول بها دخولا يوجب الغسل فى قبل أو دبر . واليائسة من الحيض، ومثلها لا تحيض ، والصغيرة ؛ إذ لا عدة لهذه الثلاث . ولا رجوع إلا فى عدة . وطلاق المختلعة ، والمبارأة ما لم ترجعا فى البذل ، فإذا رجعتا صار رجعيا . والمطلقة ثالثة ثلاثة بعد رجعتين، كل واحدة عقيب طلقة، إن كانت حرة، وثانية بينها وبين الأولى رجعة إن كانت أمة .

(ب) رجعى — وهو ما للمطلقة فيه الرجعة سواء رجع أولا .

(ج) طلاق العدة — وهو أن يطلق على الشرائط، ثم يرجع فى العدة ويطأ، ثم يطلق فى طهر آخر . وإطلاق العدة عليه من حيث الرجوع فيه فى العدة. والمطلقة للعدة تحرم فى التاسعة أبدا إذا كانت حرة؛ لأنها تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح زوجا غيره . والمعتبر طلاقها للعدة مرتين من كل ثلاثة؛ لأن الثالث لايكون عديا حيث لارجوع فيه .

أفضل الطلاق

قال الإمامية : أفضل الطلاق هو طلاق السنة بالمعنى الخاص : وهو أن يطلقها على الشرائط المعتبرة فى صحته ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانيا[1] إن شاء ولاتحرم به المطلقة مؤبدا أبدا . وقد وردت الأخبار الدالة على فضله على من عداه من أنواع الطلاق .

الطلاق المحرم لايقع

يرى الشيعة الإمامية أن الطلاق المحرم بجميع أقسامه لايقع ، بل يبطل. لكن يقع فى الطلقات الثلاث من غير رجعة واحدة. وهى الأولى أو الثانية على تقدير وقوع خلل فى الأولى أو الثالثة، على تقدير فساد الأولين .

الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة

الرأى الراجح عند الإمامية أن المطلق لو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: أنت طالق ثلاثا هو إلغاء هذا التفسير ووقوع طلقة واحدة فقط؛ لوجود المقتضى لوقوع الطلاق؛ وهو « أنت طالق » وانتفاء المانع؛ إذ ليس

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٥١ — ١٥٢

إلا الضميمة وهى تؤكده ولا تنافيه، ولصحيحة جميل وغيرها فى الذى يطلق فى مجلس ثلاثا، قال: هى واحدة[1] .

رأى آخر يقول بعدم وقوع الطلاق

وعند الشيعة الإمامية رأى مرجوح يقول ببطلان الجميع ؛ لأن هذا التطليق بدعى . وهو منهى عنه قال الصادق (ع) : «من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشىء ... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله» ؛ فهذا الطلاق غير مشروع ، وغير المشروع لا يكون معتبراً فى حق الحكم . ولأن الله تعالى جعل لنا الإيقاع على وجه مخصوص . ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك إيقاعه على غير ذلك الوجه، كالوكيل بالطلاق، على وجه السنة، إذا طلقها للبدعة فطلاقه لا يقع، فكذا هذا .

رد هذا الرأى

أولا ـ وقد رد هذا الرأى جمهور الإمامية فقالوا: إن مقتضى وقوع الطلاق وهو اللفظ «أنت طالق» قد وجد وقد انتفى المانع؛ إذ ليس إلا ما ضم إليه من تفسير، وما ضم إليه يؤكد وقوع الطلاق ولا ينفيه. أما ما نقل عن الصادق (ع)، «من طلق ثلاثا فى مجلس واحد فليس بشىء ... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله» فهذا الخبر محمول على أن المراد به عدم وقوع الثلاث التى أرادها[2].

مناقشة هذا الرأى من قبل الحنفية

ثانياً ـ وناقش الأحناف هذا الرأى أيضاً قائلين: أما القول بأن غير المشروع لا يكون معتبراً فى حق الحكم، فنعم. لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا، ما فيه حظر، وإنما الحظر والحرمة فى غيره، وهو ما ذكرناه من الفساد والوقوع فى الزنى، والسفه وتطويل العدة، فيما إذا كان الطلاق بدعيا، سواء أكان بدعياً للوقت الذى حدث فيه الطلاق أم للعدد من الطلاق كلاما بلفظ واحد . وإذا كان الطلاق مشروعا فى نفسه جاز أن يكون معتبراً فى حق الحكم ،

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٨ .
(٢) المصدر السابق .

وإن منع عنه لغيره : كالبيع وقت آذان الجمعة، والصلاة فى الأرض المغصوبة ونحو ذلك . وأما القول بأن من ولى إيقاع تصرف مشروع لا يملك إيقاعه إلا على الوجه الذى ولى به، فلا حجة فى هذا؛ لأن من طلق ثلاثا، ما أوقع الطلاق إلا على الوجه الذى ولى إيقاعه؛ لأنه تصرف مشروع فى نفسه، ولم يوقعه غير مشروع إلا أنه، بهذا الطلاق، باشر تصرفا مشروعا وارتكب محظوراً، فيأثم بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع، كما فى البيع وقت النداء ونظائره، بخلاف الوكيل ؛ لأن التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه فإذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع. وهذا هو الفرق بين الأمرين(١).

القانون

وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية فى الجمهورية العربية المتحدة فى مادته الثالثة على الآتى :

مادة ٣ — الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

المذكرة التفسيرية للقانون

قالت المذكرة التفسيرية للقانون ، عند بيانها لمواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ما يأتى :

شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية، أصبح غير ميسور؛ فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك . وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٣ ص ٩٦ ، ٩٧ .

وجمهور الفقهاء على أن إيقاع الطلاق لغير سبب شرعى حرام أو مكروه . يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن النبي ، صلى الله عليه وسلم: (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق) وفى رواية عنه :(أبغض الحلال إلى الله الطلاق) . وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به . تلك حدود الله فلا تعتدوها. ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لايكون إلا مرة بعد مرة. وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها ،أيضا، حتى إذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالواقع أن الدين الإسلامى،مع إباحته الطلاق، قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لايمكن فيها للزوجين، أو أحدهما، إقامة حدودالله . ولو أن الناس لزموا حدود الله واتبعوا شريعته، لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها الحناء.ولكن ضعف الأخلاق وتراخى عرى المروءات أوجد فى العائلة الإسلامية وهنا ،وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش، ويمين يحلفها الأحمق فى ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم .

والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لاتدرى متى يحصل ، وقد لايدرى الرجل نفسه متى يحصل ، فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التى يفعلها أجنبي لايدرى متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق ، والطلاق الثلاث بكلمة واحدة . ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأى الحنفية . وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سببا فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداع أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى ، وأنها ، بأصولها ، تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها ، حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة .

لهذا فكرت الوزارة فى تضييق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ، ويوافق أقوال الأمة وأهل الفقه فيه ، ولو من غير أهل المذاهب الأربعة ، فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك . وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام ، أو رفع ضرر عام ، بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه .

وقد بنى مشروع القانون فى هذا الموضوع على المبادىء الآتية :

ثم أوضحت المذكرة التفسيرية عند بيانها للمادة الثالثة من القانون ما اعتمد عليه من آراء الفقهاء فى تقنين هذه المادة فأتت بنص المادة وهى :

م ٣ — الطلاق المتعدد لفظا ، أو إشارة ، لا يقع إلا واحدة .

وقالت ان ما تضمنته هذه المادة هو رأى محمد بن إسحاق ؛ ونقل ذلك عن علي وابن مسعود ، وعبد الرحمن بن عوف ، والزبير . ونقل عن مشايخ قرطبة ، ومنهم محمد بن تقى بن مخلد، ومحمد بن عبدالسلام . ونقله ابن المنذرعن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمروابن دينار . وقد أفتى به عكرمة وداود وقال ابن القيم : إنه رأى أكثرالصحابة ، ورأى بعض أصحاب مالك ، ورأى بعض الحنيفة ، ورأى بعض أصحاب أحمد .

الشروط

تنبيه

اتخذت فى كتابى هذا طريقة السادة الأحناف . ولذلك تكلمت عن صيغةالطلاق،أولا، باعتبارها ركن الطلاق فقط وماعداها فشرط من شروط الطلاق . لكننى ، عند ذكر هذه الشروط ، وبسط آراء المذاهب الفقهية الأخرى،نبهت على ما يعتبره غيرالحنيفية من هذه الشروط ركنا من أركان الطلاق وإن عده الحنفية شرطاً للركن لاركنا : فلزم التنبيه إلى ذلك .

شرائط الركن

المذهب الحنفى

قال الأحناف : شرائط الركن أنواع ، بعضها يرجع إلى الزوج، وبعضها يرجع إلى المرأة،وبعضها يرجع إلى نفس الركن،وبعضها يرجع إلى الوقت .

أما الذى يرجع إلى الزوج ؛فهو :

١ — العقل؛فلابد أن يكون الزوج عاقلاحقيقة أوتقديراً.وهذا الشرط محل اتفاق الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية . وتفريعاً على ذلك بنيت الأحكام الآتية :

طلاق المجنون والصبي الذى لا يعقل :

قال الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة والظاهرية ، والإمامية ، بعدم وقوع طلاق المجنون. واستثنى من ذلك الأحناف من ذلك حالة ما إذا علق المجنون الطلاق وهو عاقل ثم جن، ثم وجد الشرط وهو مجنون، أو كان عنيناً أو مجبوباً أو أسلمت امرأته وهو كافر وأبى أبواه الإسلام ، فإن الطلاق يقع فى هذه الحالة[١] . والمالكية نصوا على أن طلاق المجنون لا يصح إذا طلق حال جنونه[٢] . واعتبر الشافعية العقل من شروط نفاذ الطلاق من المطلق سواء أكان الطلاق منجزاً أم معلقاً . فلو علق المجنون الطلاق على شرط ثم وجد الشرط وهو عاقل لا ينفذ الطلاق . لكنه إن علق الطلاق على شرط وهو عاقل ثم وجد الشرط وهو مجنون فهو متعد فينفذ طلاقه[٣] .

وقال الحنابلة : أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه[٤] وقال ابن حزم: «وطلاق السكران غير لازم ، وكذا من فقد عقله بغير الخمر[٥]» وقال الإمام الحلى فى كتابه المختصر النافع: «ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره[٦] » وقال صاحب الروضة البهية : « ويعتبر فى المطلق البلوغ ، والعقل » فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً، ولا غيره فى حالة جنونه[٧] » .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠ واللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الدمشقى الميدانى (باب الطلاق) .

(٢) الشرح الكبير — حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ .

(٤) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٥٤ .

(٥) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٠٨ مسألة ١٩٦٨ .

(٦) المختصر النافع ج ١٠ ص ١٧٠ .

(٧) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٨ .

الأدلة

استدل الفقهاء على أن طلاق المجنون ومن فى حكمه لا يقع بالسنة والمعقول .

أما السنة :

فمنها قول الرسول، صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وجه الاستدلال

الحديث نص فى أن طلاق المجنون لا يقع ؛ لأن التكليف قد رفع عنه . ومثله الصبي الذى لا يعقل . فكان طلاقهما لغواً ، وعباراتهما لا يعتد بها .

وأما المعقول :

فقد قال الفقهاء إن العقل شرط أهلية التصرف ؛ لأن به يعرف كون التصرف مصلحة . وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد . والمجنون والصبي ، غير المميز ، لا يمكنهما إدراك المصلحة فيما يتصرفان فيه .

٢ — الشرط الثانى « البلوغ » . وهذا الشرط محل خلاف بعض الفقهاء نفصله فيما يلى :

طلاق الصبى العاقل

المذهب الحنفى

قال الأحناف : لا يقع طلاق الصبى العاقل ، ولو مراهقاً ، كما لا يقع طلاق الصبي الذى أوقعه وهو صغير إذا أجازه بعد البلوغ . أما لو قال :

«أوقعته» وقع؛ لأنه ابتداء إيقاع. وبمثل هذا القول قال المالكية(١) فقد قالوا بعدم صحة الطلاق من غير المكلف، أى لابد من البلوغ والعقل.

أما وقوعه عليه إذا ارتد فبحكم الشرع أنه موقع له. وكذلك قال الشافعية(٢) فقالوا بعدم صحته من غير مكلف. وكذا قال الشيعة الأمامية(٣). أما الحنابلة فقالوا: إن فى طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه روايات، هى:

أولا — القول بوقوع الطلاق. وبهذا القول وردت أكثر الروايات عن أحمد، حيث روى عنه أنه قال: إن طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق يقع. واختار هذه الروايه أبو بكر، والخرقى وابن حامد. وروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق القول بوقوع الطلاق من الصبي الذى يعقل الطلاق بمعنى أن يعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه.

ثانياً — طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق لا يقع.

كما نقل عن أحمد رواية ثانية توافق رأى الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية. وقال صاحب المغنى(٤): وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل. وهو اختيار القاضى. وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع إذا كان أقل من العشر. وهو إختيار أبى بكر؛ لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا. وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان. وقال إسحاق إذا جاوز اثنتى عشرة

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥

(٢) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩ للشيخ محمد الشربينى الخطيب

(٣) المختصر النافع للحلى جـ١ ص ١٧٠، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى جـ ٢ ص ١٤٨.

الأدلة

أولا — أدلة من يرى عدم وقوع طلاق الصبي :

استدل الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية، ومن وافقهم من الحنابلة، بالسنة والمعقول .

أما السنة فمنها :

١ — قوله صلى الله عليه : « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ».

٢ — قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه . « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ».

وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد أن التكليف مرفوع عن الصبي. ومفاد ذلك عدم وقوع الطلاق منه إلى أن يحتلم أى يبلغ بالاحتلام .

وأما الحديث الثاني فهو قاطع بأن طلاق الصبي غير جائز، أى غير صحيح ، دون تفصيل بين أن يكون غير عاقل للطلاق ، أو عاقل له .

وأما المعقول:

فالطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح عن أن يكون مصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف[1].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني حـ٣ ص١٠٠ ، واللباب شرح الكتاب للميداني (باب الطلاق) وانظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج حـ٣ ص ٢٧٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير حـ٢ ص ٣٦٥ وحاشية العلامة الشيخ على الصعيدي حـ٢ ص٥٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية حـ ٢ ص ١٤٨ ، والمغني لابن قدامة الحنبلي حـ ٨ ص ٢٥٧ . والمحلى لابن حزم جـ١٠ ص٢٠٨ وما بعدها .

وأيضا فالصبي غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون .

ثانيا — أدلة من قال بوقوع طلاق الصبي الذى يعقل الطلاق .

استدل للرواية المنقولة عن أحمد التى تفيد وقوع طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق بالسنة والمعقول فقالوا :

أما السنة فمنها :

١ — قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الطلاق لمن أخذ بالساق » .

٢ — قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائز إلا طلاق المغلوب على عقله».

وجه الاستدلال :

الحديث الأول أفاد أن الطلاق هو لمن له الحق فى الاستمتاع بالمرأة وهو الزوج، إعمالا لعقد زواجه بها. ويدخل تحت هذا العموم الصبى، وغيره إلا ما خص من ذلك بنصوص أخرى كالمجنون والمعتوه . ومفاد ذلك هو وقوع الطلاق من الصبى الذى يعقل الطلاق إذا كان زوجا حيث استعمل حقه الثابت له بنص الحديث.

أما الحديث الثانى فأفاد صراحة أن كل طلاق يقع سواء كان المطلق صبيا أو غيره إلا طلاق المغلوب على عقله. والصبى العاقل ليس داخلا ضمن هذا الاستثناء. فصح طلاقه. ويفيد ذلك ويؤكده ماروى عن على، رضى الله عنه، أنه قال : «اكتموا الصبيان النكاح » فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا.

وأما المعقول:

فلأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ[1] .

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص ٢٥٨ .

طلاق المعتوه

المذهب الحنفى

معنى العته :

قال الكمال بن الهمام : المعتوه كالمجنون . قيل هو قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون .

وقيل : العاقل : هو من يستقيم كلامه ، الا نادرا . والمجنون ضده . والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء . وهذا يؤدى إلى ألا يحكم بالعته على أحد . والأول أولى . وما قيل من أن يكون كل من الأمرين منه غالبا ، معناه يكثر منه .

وقيل : المعتوه من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد ، والمجنون بلا قصد ، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا [١]

حكم طلاق المعتوه

قال الاحناف بعدم وقوع طلاق المعتوه .

الأدلة

واستدل الأحناف لرأيهم بالسنة والمعقول ؛

أما السنة :

فقوله صلى الله عليه وسلم . « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي ، والمعتوه »

---

(١) فتح القدير لكمال الدين بن الهمام جـ ٣ ص ٣٨ .

وجه الاستدلال :

الحديث نص فى أن طلاق المعتوه لا يقع . وقد جمع بينه وبين الصبى فى الحكم ؛ فدل على ان حالته كحالته وأنه لاعتدال عندهما فى التمييز فلذا لايعتبر تصرفه فيما له فيه مضرة ؛ فهو كالمجنون فى عدم جواز تصرفه . والمراد بالجواز الوارد فى الحديث هو النفاذ .

وأما المعقول:

فقال الأحناف : معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف؛ إذ التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد. وأهلية التصرف مشروطة بالعقل، تدور معه وجوداً وعدما ، خصوصا التصرف الدائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق، فإنه يستدعى تمام العقل، ليحكم به التمييز فى ذلك الأمر ومتى زال العقل لا يمكن للمرء أن يعرف هل تصرفه مصلحة أو مضرة ؛ إذ لا يمكن ذلك إلا بالعقل. والمعتوه قد زال عقله كالمجنون. ومتى زال العقل، وهو شرط أهلية التصرف فقد انعدمت أهلية التصرف، فلا يقع طلاقه.[1] .

طلاق النائم والمغمى عليه والمدهوش

قال الحنفية : لا يقع طلاق النائم والمدهوش والمغمى عليه . وقالوا إن حالة هؤلاء لا تقل عن حالة المعتوه؛ إذ لا إختيار لهم فقد زال عقل المغمى عليه. بالإغماء وهو شرط فى أهلية التصرف؛ إذ به يعرف كون التصرف مصلحة كما أن النائم لا اختيار له فى التكلم. وشرط التصرف لاختيار فيه[2] ومثله المدهوش فصار تصرف من ذكر كتصرف المجنون .

---

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠ — وفتح القدير لكمال الدين بن الهمام ج٣ ص ٣٨ — والعناية للبابرتى بهامشه ذات الجزء والصفحة .

(٣) المصدر السابق .

المذهب المالكى

طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه والمدهوش

يرى المالكية رأى الأحناف فى أن طلاق المعتوه والنائم، والمغمى عليه لايقع . فقد نصوا : على أن الطلاق إنما يصح من البالغ العاقل ، وقالوا تفريعا على ذلك بعدم صحة طلاق المجنون ولو غير مطبق إذا طلق حال جنونه، ولا يقع الطلاق الذى تلفظ به سكران بحلال؛ لأن حكمه حكم المجنون. والمعتوه كالمجنون فيعطى حكمه[1] وقالوا: إن من هذى لمرض فتكلم بالطلاق فلما أفاق قال لم أشعر بشىء، لايلزمه شىء فى القضاء إلا أن تشهد بينة بصحة عقله لقرينة ، إلحاقا له بالمجنون وإلحاقا له بالنائم، فدل ذلك على أن طلاق النائم لا يقع حيث جعل أصلا يقاس عليه غيره فى عدم وقوع الطلاق[2]. وحالة المغمى عليه لاتقل عما ذكر، فلا يقع طلاقه. وقد نص صاحب الشرح الكبير على عدم وقوع طلاق المغمى عليه إلحاقا له بالمجنون فى الحكم[3]. أما المدهوش فقد رأيت للمالكية ما يفيد اعتبار الدهشة عذراً مانعا من وقوع الطلاق، وذلك عند بيانهم حكم طلاق المكره. فقد قالوا بعدم وقوع طلاق المكره إلا أن يترك التورية مع معرفتها وعدم دهشته[4]. ومفاد ذلك أنه لو ترك التورية لدهشته بالإكراه فإن طلاقه لا يقع أيضاً .

المذهب الشافعى

طلاق المعتوه ، والمغمى عليه والنائم

قال الشافعية بمثل ما قال الأحناف والمالكية من عدم وقوع الطلاق

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يراجع الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه . ج٢ ص ٣٦٦ .

(٣، ٤) المصدر السابق .

فى هذه الحالات،قال صاحب المغنى: « لا يصح الطلاق من غير مكلف، كصبى ومجنون ومغمى عليه ونائم، لا تنجيزا ولا تعليقاً ، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية فى المعلق لفساد عبارته، والخبر « رفع القلم عن ثلاث » نعم، لو تولد جنون من سكر تعدى فيه نفذ طلاقه فى جنونه[1] .

المذهب الحنبلى

طلاق المعتوه ، والنائم

مجمل قول الحنابلة : طلاق زائل العقل بلا سكر لا يقع. وفصل القول صاحب المغنى فقال : أجمع أهل العلم على أن زائل العقل بغير سكر، أو ما فى معناه ، لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى والشعبي ، وأبو قلابة ، والزهرى ، ويحى الأنصارى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه لا طلاق له[2]» .

الأدلة

استدل الحنابلة بالسنة وبالمعقول؛ فقالوا :

أما السنة:

فقد ثبت أن النبى صلى ، الله عليه وسلم ، قال : « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

كما روى عن أبى هريرة ، رضى الله عنه عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» رواه النجاد ،

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩ الشيخ محمد الشربينى الخطيب .
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٥٤ .

وقال الترمذى: لانعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث. وروى بإسناده عن على مثل ذلك .

وجه الاستدلال

الحديث الأول بين أن التكليف مرفوع عن النائم حتى يستيقظ ، فدل ذلك على أن تصرفه لا يعتد به. وقد ربط الحديث بين الصبى. وبين المجنون، حتى يفيق ، فى الحكم. والمجنون لا يقع طلاقه اتفاقاً، فكذلك النائم أما المعتوه فهو كالمجنون فينصرف إليه حكمه فى التصرفات .

أما الحديث الثانى، فقد نص على أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يقع ؛ لأن المراد من الجواز هنا النفاذ ويستوى فى ذلك زوال العقل بالعته أو بالإغماء أو بالنوم، فكل من هؤلاء قد دل الحديث على عدم وقوع طلاقه لأنه قد غلب على عقولهم .

وإما المعقول :

فقال الحنابلة : إن الطلاق قول يزيل الملك المستفاد من عقد النكاح ، فاعتبر له العقل كالبيع، حيث اشترط لجوازه[١] العقل، بل هذا من باب أولى.

الظاهرية

طلاق المعتوه ، والنائم ، والمغمى عليه ، والمدهوش

يؤخذ من قول ابن حزم فى طلاق السكران : أن من فقد عقله بغير الخمر لا يقع طلاقه، فدل ذلك على أن طلاق المعتوه ، والمغمى عليه ، والنائم ، والمدهوش، لا يقع؛ لأن عقل هؤلاء قد زال حالة العته ، والإغماء ، والنوم، والدهشة[٢] .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٨ مسألة ١٩٦٨ .

الشيعة الإمامية

طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه والساهى

قال الشيعة الإمامية بعدم وقوع طلاق المعتوه ، والمغمى عليه والنائم؛ قال الإمام الحلى فى بيانه للركن الاول من أركان الطلاق : (الركن الاول) المطلق ؛ ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد . فلا اعتبار بطلاق الصبى . وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف. ولو طلق عنه الولى لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقد .ولا يصح طلاق المجنون» [١] وقال صاحب الروضة البهية : ولا يطلق الولى عن السكران ، ولا عن المغمى عليه وشارب المرقد كالنائم » وقال أيضا : » ولا عبرة بعبارة الساهى والنائم والغالط . والفرق بين الأول والأخير أن الأول لاقصد له مطلقا ، والثانى له قصد إلى غير من طلقها فغلط وتلفظ بها . ومثله مالوظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة وأنكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم ، ويصدق فى ظنه ظاهرا، وفى عدم القصد لو ادعاه ، مالم تخرج العدة الرجعية . ولا يقبل فى غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة . وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله فى العدة من غير تفصيل » [٢] .

طلاق المريض والكافر

المذهب الحنفى

لايرى الأحناف أن إسلام الزوج وصحته من شروط وقوع الطلاق .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٨ — ١٤٩ —

ولذا قالوا بوقوع طلاق المريض لأن ، المرض ، والكفر لاينافيان أهلية الطلاق . [1] لكن الرجل لو طلق امرأته فى مرض موته بائنا فمات وهى فى العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها . أما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ، ثم مات وهى فى العدة، فلايكون له حكم مرض الموت فلا ترثه — أما لو طلقها طلاقا رجعيا فيرثها وترثه فى العـــدة لقيام النكاح

التعليل لما تقدم

وقال الأحناف بيانا لقولهم السابق : أن المطلقة بائنا فى مرض موت المطلق ترث مطلقها إذا مات ، ولا يرثها هو اذا ماتت وهى فى العدة ؛ لأن الزوجية سبب إرثها فى مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقى فى حق إرثها عنه . أما لو انقضت عدتها فلا ترثه ؛ لأنه لا إمكان للتوريث ؛ إذ لم يعهد بقاء شىء من أثار النكاح بعد انتهاء العدة . أما عدم إرث المطلق لمن طلقها بائنا وهو فى مرض موته فماتت وهى فى العدة ؛ فلأن الزوجية فى حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل هى سبب فى حال مرضها ، فتبطل الزوجية فى حقه حقيقة وحكما بطلاقه لها طلاقا بائنا فلا يرثها وبخاصة إذا رضى به ، أما هى فقد اعتبر الشارع بقاء الزوجية فى حقها حكما وان بطلت حقيقة بالطلاق البائن دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها فيرد قصده عليه . لكن لو طلقها ثلاثا بأمرها ، أوقال لها اختارى نفسك فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهى فى العدة لم ترث ؛ لأنها رضيت إبطال حقها ، وتأخير عمل الطلاق لحقها ، وهى قد رضيت بإبطاله . وكذا لو حصلت الفرقة فى مرضه بسبب الجبة والعنة ، وخيار البلوغ والعتق . فلا ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة ،

---

(١) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٠

لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج ، فلم يكن جانيا فى الفرقة [١].

من طلقت نفسها ثلاثا

وقال الأحناف : لو أن المرأة طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج الطلاق المذكور فى مرضه، ومات وهى فى العدة ، فإنها لا ترث، لأن المبطل للإرث إجازته للطلاق الذى أوقعته [٢] .

المذهب المالكى

قال المالكية بوقوع طلاق المريض ؛ لأنه أهل لإيقاعه ، لوجود العقل عنده . لكنه لو أن المريض تكلم بالهذيان [٣] لمرض أصابه فطلق زوجته حال هذيانه فلما أفاق ، قال : لم أشعر بشىء وقع منى ، وأنكر ، فلا يلزمه الطلاق، لا فى الفتوى ولا فى القضاء، إلحاقا له بالمجنون ويحلف أنه ما شعر بما وقع منه [٤]... هكذا أطلق الباجى . وقيد ابن رشيد ذلك بما إذا لم تشهد بينة عليه بصحة عقله . أما إذا شهدت بينة عليه بصحة عقله لقرينة، فيرى ابن رشد أن الطلاق يلزمه . وقال ابن ناجى : لو أن المطلق قال: وقع منى شىء ولم أعقله لزمه الطلاق ؛ لأن شعوره بوقوع شىء منه دليل على أنه عقله . واعترض سيدى أحمد الدردير على ذلك؛ فقال : «وفيه نظر؛ إذ كثيراً ما يتخيل للمريض خيالات فيتكلم على مقتضاها بكلام خارج عن قانون العقلاء ، فإذا أفاق استشعر أصله ، وأخبر عن الخيالات الوهمية كالنائم، ومعنى هذا أنه لا يلزم من الاستشعار بالشىء عقله له بعينه ، فالنائم إذا أفاق من نومه يخبر عما خيل له فى نومه ولا يعرف عينه [٥] .

(١، ٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ — ١٥٢ — لكمال الدين بن الهمام — وشرح الهداية .

(٣) الهذى بذال معجمة بوزن رمى من الهذيان وهو الكلام الذى لا معنى له .

(٤) الشرح الكبير لسيدى أحمد الدردير ج ٢ ص ٣٦٦ وحاشية الدسوقى عليه .

(٥) المصدر السابق ج ٢ ص ٣٦٦ .

والخلاصة : أن طلاق المريض صاحب العقل السليم ، واقع . لكنه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً فهل ترثه أو لا ؟ يرى المالكية أنها ترثه سواء مات وهي في عدته أو بعد انقضاء عدتها، وسواء تزوجت بزوج آخر أو لم تتزوج[1]. سدا للذريعة، وردا لمقصده السيء.

المذهب الشافعي

طلاق المريض

قال الشافعية بنفاذ طلاق المريض، منجزاً كان الطلاق أو معلقاً ، بائناً كان أو رجعياً : لأنه مكلف فكان أهلا لوقوع الطلاق منه في محله .

طلاق المريض في مرض موته

وقال الشافعية بوقوع طلاق المريض في مرض موته ، كما يقع في صحته، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً .

الميراث

قال الشافعية بتوارث الزوج المريض وزوجته إذا حصل الموت في عدة طلاق رجعي ، لبقاء آثار الزوجية في الرجعية بلحوق الطلاق لها والإيلاء منها وغير ذلك . أما إذا حصل الموت في عدة طلاق بائن ففي الجديد لا يتوارثان ؛ لانقطاع آثار الزوجية. وفي القديم ترث المطلقة مطلقها طلاقا بائناً إذا مات في عدتها منه ؛ لأن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث ، فيعاقب بنقيض قصده . ولو ماتت هي لا يرثها هو . وقد ذكر صاحب مغني المحتاج شروطاً يجب توافرها لكي ترث المطلقة بائناً مطلقها ، إذا مات وهي في عدتها من طلاقها البائن، حسب المذهب القديم للشافعي ؛ فقال :

---

(١) هداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٨٢ .

« للقديم شروط؛ أحدها: كون الزوجة وارثة ، فلو أسلمت بعد الطلاق فلا . ثانيها: عدم اختيارها ، فلو اختلعت أو سألت فلا. ثالثها : كون البينونة فى مرض مخوف ونحوه ، ومات بسببه ، فإن برىء منه فلا . رابعها : كونها بطلاق لا بلعان وفسخ . خامسها : كونه منشأ ليخرج به ما إذا أقر به . سادسها : كونه منجزاً . وإذا قلنا بالجديد فلها حكم بقية البوائن إلا إن قصد بطلاقها فراره من الإرث، فيجرى فى تحريمه خلاف تحريم بيع النصاب قبل الحول فراراً من الزكاة[١] » .

طلاق الكافر :

قال الشافعية بوقوع الطلاق من الكافر بصريح الطلاق: وهو مالا يحتمل ظاهره غير الطلاق بلا نية لإيقاع الطلاق . كما يقع منه الطلاق بكناية الطلاق بنية لإيقاعه .

والكناية : هى ما يحتمل الطلاق وغيره . ويشترط أن يقصد بلفظ الطلاق معناه بمعنى أن يفهم معناه . كما يشترط قصد التلفظ به(٢).

المذهب الحنبلى

طلاق المريض

لم يشترط الحنابلة فى الزوج المطلق أن يكون خاليا من الأمراض؛ فيصح طلاق المريض إذا صدر منه عن قصد واختيار فى محله ؛ لأنه تصرف صدر من مكلف فيعتد به .

ميراث المطلقة

لا خلاف فى أن الطلاق الرجعى إذا حصل الموت فى الاعتداد منه فإن

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص٢٩٤ للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب.

(٢) المصدر السابق ذات الجزء ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

الزوجين يتوارثان. قال صاحب الاقناع : « إذا أبان زوجته المطلقة فى صحته، أو فى مرضه غير المخوف، ومات به، أو مرض غير الموت، بطلاق أو غيره، ولو قصد الفرار من الميراث ، لم يتوارثا ، بل فى طلاق رجعى ما دامت فى العدة . »[1]

من طلقت فى مرض الموت طلاقا لا يتهم فيه

أما من طلقت فى مرض الموت طلاقا لا يتهم فيه : بأن سألته الطلاق أو الخلع أو علق طلاقها على فعل لها منه به ففعلته عالمة، أو على مشيئتها فشاءت، أو خيرها فاختارت نفسها، أو علقه بفعل زيد كذا ، ففعله فى مرضه، أو بشهر فجاء فى مرضه، أو علقه فى الصحة على شرط، كقدوم زيد، أو صلاتها الفرض فوجد فى المرض ،أو طلق من لا ترث كالأمة والذمية فعتقت، أو أسلمت قبل موته ؛ أو قال لهما : أنتما طالقتان غدا فعتقت الأمة وأسلمت الذمية قبل غد ، أو وطىء مجنون أم زوجته ، فكطلاق الصحيح ... يعنى أن الزوجة لا ترث مطلقا اذا مات بعد ذلك ؛ لعدم اتهامه بقصد حرمانها من الميراث ، الا اذا سألته طلقة فطلقها ثلاثا فترثه »

الطلاق بقصد الحرمان من الميراث

يرى الحنابلة : أن من طلق زوجته فى مرضه موته المخوف بقصد حرمانها من الميراث فإنه يرد عليه قصده وترثه مالم تتزوج .

قال صاحب الإقتناع : « وإن طلق أربعا فى مرضه طلاقا يتهم فيه ، فانقضت عدتهن وتزوج أربعا سواهن فالميراث للثمان . مالم تتزوج المطلقات »[2]

ميراث الزوج زوجته المفسوخ نكاحها

قال الحنابلة : « وإن فعلت فى مرض موتها ما يفسخ نكاحها : بأن

(١) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل للقاضى شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى حـ ٣ ص ١١٦ تصحيح وتعليق الشيخ محمد عبد اللطيف السبكى ؛ (كتاب الفرائض)

(٢) المصدر السابق ص ١١٨

ترضع امرأة الصغيرة أو زوجها الصغير، أو استدخلت ذكر ابن زوجها، وهو نائم، أو ارتدت — لم يسقط ميراث زوجها مادامت في العدة وكذا بعد العدة كما لو كان هو المطلق. وجزم به في الفروع؛ فقال: «والزوج في إرثها إذا قطعت نكاحها عنه كفعله. انتهى. ومقتضاه أنه يرثها في العدة وبعدها، كما لو كان هو المطلق. هذا إن كانت متهمة فيه والاسقط، كفسخ معتقة تحت عبد أو فعلته مجنونة[1]»

طلاق الكافر

قال صاحب الإقناع: «ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار، ولو مميزا يعقله، ولو دون عشر يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه. ويصح توكيله وتوكله فيه. ويصح من كتابي وسفيه وممن لم تبلغه الدعوة وأخرس تفهم إشارته — ويأتي في باب صريح الطلاق وكنايته. وطلاق مرتد موقوف فإن عجلت الفرقة فباطل[2]. وتزويجه باطل»

الظاهرية

طلاق المريض

طلاق المريض كطلاق الصحيح. ولا فرق بين ما إذا مات من ذلك المرض أو لم يمت منه. ويطلق بما يقدر عليه من الصوت والعبارة التي يوقن من سمعها قطعاً أنه أراد الطلاق؛ لقوله تعالى: «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها»، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم»، فصح أن ما في

---

(١) المصدر السابق ص ١١٨

(٢) علق على هذا القول فضيلة الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي، فقال: إذا ارتد قبل الدخول انفسخ النكاح. وإذا ارتد بعد الدخول، ثم طلق، فإن عجل الإسلام قبل مضي زمن الرجعة فطلاقه صحيح، وإن عجل الفرقة بمعنى تأخيره الإسلام حتى مضت العدة فالطلاق باطل. والنكاح يعتبر مفسوخا من وقت الردة (الاقناع ج ٤ ص ٣ تعليق وتصحيح الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي).

وسع الإنسان ولا يستطيعه فقد سقط عنه وأنه يؤدى بما أمر به ما استطاع فقط[1] .

حكم الميراث

أن كان طلاق المريض ثلاثا أو آخر ثلاث أو قبل أن يطأها فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقا رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه فى شىء من ذلك كله ولا يرثها أصلا . وكذلك طلاق الصحيح للمريضة ، وطلاق المريضة للصحيح ، ولا فرق . وكذلك طلاق الموقوف للقتل والحامل المثقلة .

قال ابن حزم : إن المبتوتة فى المرض أو المطلقة فيه ولم يطأها لا ميراث لها أصلا وكذلك المطلقة طلاقا رجعيا فى المرض إذا لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها ، وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لئلا ترثه . ولا حرج عليه فى ذلك؛ لأنه فعل ما أبيح له من الطلاق الذى قطع به الله تعالى الموارثة بينهما ، وكما قطع به حكم الزوجية بينهما. وكذلك إن طلق وهو موقوف للقتل فى حق أو باطل أو للرجم فى زنى ، ولا فرق : لأنه لم يأت نص قط بين طلاق هؤلاء وبين غيرهم بفرق . ولا يجوز أن يرث بالزوجية إلا زوجة أو زوج ترثه حيث يرثها ولا فرق ، ولا يرث بالبنوة إلا ابن أو ابنة . ولا يرث بالأبوة إلا الأب ، ولا يرث بالأمومة إلا أم. ولا فرق بين شىء من ذلك . والمفرق بين ذلك مؤكل مالا بالباطل . ومن صح عنه أن قضى بذلك من الصحابة، رضى الله عنهم، فمأجور، بكل حال، من خطأ او صواب . وإنما الشأن فيمن قلد بعض ما اجتهدوا فيه وخالفهم فى بعضه تحكما فى الدين ، بالهوى ، والباطل .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٦١ ص ١٩٧ ومسألة رقم ١٩٧٦ ص ٢١٨ — ٢٢٩ .

الطلاق البات فى المرض ليس فرارا

قال ابن حزم : احتج من رأى توريث المبتوتة فى المرض بأن قالوا : فر بذلك عما أوجب الله تعالى لها فى كتابه فى الميراث، فوجب أن يقضى عليه وعلى من لا يتهم بذلك ، لئلا يكون ذريعة إلى منع الحقوق .

ونقول ، وبالله التوفيق : ما فر المطلق إذا طلق فى مرضه قط عن كتاب الله تعالى . بل أخذ بكتاب الله واتبعه[1] ؛ لأن الله تعالى أباح الطلاق وقطع بالثلاث ، وبالطلاق قبل الوطء ، جميع حقوق الزوجية : من النفقة وأباح الوطء، والتوارث فأين ههنا من الفرار من كتاب الله تعالى ؟ إنما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال: لا ترث منى شيئاً دون أن يطلقها، بل الفرار من كتاب الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أما، ولا جدة ولا ابنة ولا ابنة ابن، ولا أختاً ولا معتقة، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى لها ميراثاً . وكيف يجوز أن تورث بالزوجية من إن وطئها رجم ، أو من قد حل لها زواج غيره ، أو من هى زوجة لغيره ... هذا هو خلاف كتاب الله تعالى حقاً بلا شك .

وأيضاً فإن كانت ترثه بالزوجية فوجب أن يرثها بالزوجية كما يقول الحسن ؛ إذ من الباطل المحال الممتنع أن تكون هى امرأته، ولا يكون هو زوجها . فإن قالوا : ليست امرأته . قلنا : فلم ورثتموها ميراث زوجة ؟ وهذا عجب جداً . وهذا أكل المال بالباطل بلا شك .

ومن العجب قولهم : فر بميراثها، وأى ميراث لها من صحيح لعلها تموت هى قبله ؟ ورب صحيح يموت قبل ذلك المريض . وقد يبرأ من مرضه، فما وجب لها قط، إذا طلقها، ميراث يفر به عنها . ثم العجب توريث الحنفيين المبتوتة ممن حبس للقتل ، أو بارز فى حرب وليس مريضاً ، ومنعهم الميراث التى أكرهها أبو زوجها على أن وطئها فى مرض زوجها ، وليس لزوجها فى ذلك عمل أصلا ،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٢٤ .

ولا طلقها مختاراً قط، وتوريث المالكيين المختلعة والمختارة نفسها والقاصدة إلى تحنيثه، فى مرضه. فى يمينه، وهو صحيح، بالطلاق، وهو كاره لمفارقتها وهى مسارعة إليه مكرهة له على ذلك . وما فى العجب أكثر من منعهم المتزوجة فى المرض من الميراث الذى أوجبه الله تعالى لها يقينا بالزوجية الصحيحة ، وتوريثهم المطلقة ثلاثا فى المرض ، فورثوا بالزوجية من ليست بزوجة ، ومنعوا ميراث الزوجة من هى زوجته[1] .

طلاق المشرك

قال ابن حزم : ولا يلزم المشرك طلاقه وأما نكاحه وبيعه وابتياعه وهبته وصدقته وعتقه ومؤجراته فجائز ، كل ذلك[2] .

الدليل

واستدل ابن حزم على ذلك بالكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

وأما السنة :

فقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .

ووجه الاستدلال بكل من الكتاب والسنة : هو الآتى

صح من النصين السابقين أن كل من عمل بخلاف ما أمر ، الله عز وجل ، به ، أو رسول الله صلى الله عليه وسلم، فهو باطل ولا يعتد به . ولا شك فى أن الكافر مأمور بقول لا إله إلا الله محمد رسول الله، ملزم ذلك متوعد على تركه بالخلود بين أطباق النيران، فكل كلام قاله، وترك الشهادة المذكورة، فقد وضع ذلك الكلام غير موضعه، فهو غير معتد؛ فإن قيل: كيف أجزتم سائر عقوده

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٢٤ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠١ مسألة رقم ١٩٦٥

التى ذكرتم؟ فنقول: أما إجازة نكاحه، فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أجاز نكاح أهل الشرك وأبقاهم بعد إسلامهم عليه . وأما بيعه وابتياعه فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، كان يعامل تجار الكفار ، ومات، عليه الصلاة والسلام، ودرعه مرهونة عند يهودى فى أصواع شعير. وأما مؤجراته فلأن رسول الله ،صلى الله عليه وسلم، استأجر ابن أرقط ليدل به إلى المدينة وهو كافر ، وعامل يهود خيبر على عمل أرضها وشجرها بنصف ما يخرج الله، عز وجل، من ذلك . وأما هبته وصدقته وعتقه فاقول حكيم بن حزام : يارسول الله أشياء كنت أتحنث بها فى الجاهلية من عتاق وصلة رحم وصدقة، فقال له رسول الله، صلى الله عليه وسلم : « أسلمت على ما أسلفت من خير » فسمى، عليه الصلاة والسلام، كل ذلك خيراً، وأخبر أنه معتد، له، به، فبقى الطلاق لم يأت فى إمضائه نص فثبت على أصله المتقدم

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: (وإن حكم بينهم بما أنزل الله)[1] قلنا: نعم، وهذا الذى حكمنا به بينهم هو مما أنزل الله تعالى كما ذكرنا، وقد اختلف الناس فى هذا فرويناه من طريق قتادة أن رجلا طلق امرأته طلقتين فى الجاهلية وطلقة فى الإسلام فسأل عمر فقال له: عمر لا آمرك ولا أنهاك . فقال له عبد الرحمن ابن عوف. لكنى آمرك .. ليس طلاقك فى الشرك بشىء. وبهذا كان يفتى قتادة . فإن قيل: فقد رويتم من طريق عبدالرازق عن ابن جريج عن عمرو ابن دينار قال : «لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية، ثم جاء الإسلام فما رجعن إلى أزواجهن » فهذا لاحجة فيه ، لوجوه .

أولها : أنه مرسل، وأين عمرو بن دينار من الجاهلية ؟

وثانيها: أنه ليس فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع من ذلك .

وثالثها : أنا لم نمنع نحن من أن يكون قوم رأوا أن ذلك نافذ ، ولاحجة فى ذلك إلا أن يعلمه ، عليه الصلاة والسلام ،فيقره[2] .

---

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة (٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠١، ٢٠٢ .

الشيعة الإمامية

طلاق الصبي

قال الشيعة الإمامية بعدم صحة طلاق الصبي، وأن أذن له الولى . قال العلامة الحلى : «لا اعتبار بطلاق الصبي . وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف . ولو طلق عنه الولى لم يقع إلا أن يبلغ فاسدا العقل»[1] .

وقال صاحب الروضة البهية : «يعتبر فى المطلق البلوغ ؛ فلا يصح طلاق الصبي، وإن أذن له الولى، أو بلغ عشرا على أصح القولين. ولا يطلق الولى عن الصبي. ولو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولى حينئذ»[2]

طلاق المريض

قال الشيعة الإمامية بصحة طلاق المريض مع الكراهة ؛ للنهى عنه فى بعض الأخبار. وقد حمل النهى الوارد عن طلاق المريض على أنه يفيد الكراهة؛ للجمع بينها وبين الأخبار الدالة على وقوع طلاق المريض .

الميراث

وقال الإمامية : إذا طلق المريض طلاقا رجعيا، وحصل الموت فى العدة، توارثا . وترثه هى فى البائن أو الرجعى إلى سنة من حين الطلاق مالم تتزوج بغيره ، أو يبرأ من مرضه .

وقال الإمامية فى الاستدلال لرأيهم : إن النصوص والإجماع دالة على ذلك ؛ ولرد قصد المطلق عليه، فقد أراد إسقاط إرثها ، فيؤاخذ بنقيض مطلوبه . وهو لا يتهم حيث تسأله الطلاق، أو تخالفه ، أو تبارئه. والأقوى عموم الحكم؛ لإطلاق النصوص ، فإذا تزوجت بغيره ، أو برأ من مرضه،

---

(١) المختصر النافع للحلى ص ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية حـ٢ ص ١٤٨ .

فلا إرث لها بعد العدة الرجعية ، وإن مات فى أثناء السنة .

وتأسيسا على ما تقدم قال الإمامية فيمن تزوج أربعا ، ثم طلقهن فى مرضه، ثم تزوج أربعا ودخل بهن ،ومات فى السنة، مريضا،قبل أن تتزوج المطلقات ،ورث الثمان الثمن، أو الربع ،بالسوية . ولا يرث أزيد من أربع زوجات إلا هنا ، ولا يلحق الفسخ فى المرض؛ عملا بالأصل .

وقال العلامة الحلى : « يكره طلاق المريض ، ويقع لو طلق . ويرث زوجته فى العدة الرجعية . وترثه هى ولو كان الطلاق بائنا إلى سنة ، مالم تتزوج أو يبرأ من مرضه »[1]

طلاق الكافر

لم يشترط الإمامية فى المطلق سوى البلوغ والعقل والقصد والاختيار ومفاد ذلك أن طلاق الكافر لزوجته يقع .

طلاق المخطىء والفضولى والمدهوش

المذهب الحنفى

معنى الخطأ :

قال الحنفية : المخطىءهو من أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق . أو تلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه،أو غافلا،أوساهيا[2]،أوبالفاظ مصحفة .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) فى المصباح ، الغفلة : غيبة الشىء عن بال الإنسان وعدم تذكره له. وفيه،أيضاً،سها عن الشىء يسهو : غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره . وفرقوا بين الساهى والناسى . بأن الناسى إذا ذكر تذكرو الساهى بخلافه ا هـ .

طلاق المخطىء يقع قضاء لا ديانة

قال الأحناف : من أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه : أنت طالق تطلق ؛ لأنه صريح لا يحتاج إلى النية . ويقع الطلاق قضاء لا ديانة ففي فتح القدير عن الحاوى معزيا إلى الجامع الاصغر أن أسدا سئل عمن أراد أن يقول: زينب طالق، فجرى على لسانه: عمرة طالق على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : في القضاء تطلق التي سمى. وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما . أما التي سمى فلأنه لم يردها . وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية .

وقال الأحناف : لو تلفظ الرجل بألفاظ مصحفة نحو : طلاع وتلاغ وتلاك ، يقع الطلاق قضاء لا ديانة ونقل عن محمد رحمه الله عن أبى حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقيني ماء، فقال «أنت طالق» ، وقع طلاقه . وعلل الأحناف لوقوع طلاق المخطىء بأنه ما فاته ليس إلا القصد ، وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل [1] .

طلاق الفضولى موقوف

طلاق الفضولى صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو بالفعل . والإجازة بالفعل يمكن أن تكون بأن يدفع إليها زوجها مؤخر صداقها بعدما طلق الفضولى . وقيل بعث المهر إليها ليس بإجازة للطلاق لوجوبه قبل الطلاق بخلاف النكاح .

طلاق المدهوش لا يقع

دهش بالكسر كفرح والمدهوش هو الرجل المتحير، أو من ذهب عقله من ذهل أو وله...جاء في المصباح : دهش دهشا، من باب تعب، ذهب عقله حياء وخوفا. اهـ ، قال ابن عابدين: «وهذا هو المراد هنا، ولذا جعله في البحر

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠ — وابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٠ ، ٤٦١

داخلا فى المجنون ؛ قال فى الخيرية: غلط من فسره هنا بالتحير؛ إذ لا يلزم من التحير ،وهو التردد فى الأمر ، ذهاب العقل . وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا فى مجلس القاضى وهو مغتاظ مدهوش ؛ فأجاب نظما،أيضاً: بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع . وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان . . .

وقال ابن عابدين : والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل . كما هو المفتى به فى السكران على مامر . ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل ؛ فإن الجنون فنون .ولذا فسره فى البحر باختلال العقل، وادخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش .ويؤيد ماقلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا والجنون ضده[1]».

طلاق الهازل واللاعب بالطلاق

لا يشترط الأحناف لوقوع الطلاق أن يكون الزوج جادا فى إيقاعه الطلاق؛وقالوا بوقوع طلاق الهازل بالطلاق ، واللاعب به واستدلوا لذلك بالسنة التى منها :

١ — قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد،وهزلهن جد ... النكاح والطلاق والعتاق » . وفى رواية:«النكاح والطلاق والرجعة»

وجه الاستدلال :

أبان رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أن كلا من النكاح والطلاق والعتاق ينعقد من الموجد له سواء قصد إليه وعمد إلى إيجاده ، أو لم يكن يقصد ، بل كان

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ .

هازلا حينما أوجد ما تنعقد به هذه الأمور. فالحديث يفيد أن الهازل بالطلاق يقع طلاقه متى تحقق منه ركن الطلاق. والرواية الثانية للحديث تنص على أن الرجعة تتم من الهازل كما يتم نكاحه ويقع طلاقه.

٢ — ما يروى عن أبي الدرداء أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من لعب بطلاق أو عتاق لزمه».

٣ — قال الأحناف: إنه قد قيل إن قوله تعالى: «ولا تتخذوا آيات الله هزوا» نزلت في الهازل بطلاقة أو في عتاقه، فقد كان الرجل، في الجاهلية، يطلق امرأته، ثم يراجع؛ فيقول: كنت لاعبا، ويعتق عبده ثم يرجع فيقول: كنت لاعبا. فنزلت الآية. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من طلق، أو حرر، أو نكح، فقال: إني كنت لاعبا فهو جائز منه».

وجه الاستدلال:

في قوله، صلوات الله وسلامه عليه: «من لعب بطلاق أو عتاق لزمه» نص قاطع في أن اللاعب بالطلاق يلزمه طلاقه ويقع الطلاق مترتبا عليه آثاره الشرعية. وكذلك من لعب بالعتق. منعا للإضرار بالغير، واحتراما للحقوق المكتسبة. أما قوله صلى الله عليه وسلم: «من طلق، أو حرر، أو نكح، فقال: إني كنت لاعبا فهو جائز منه» فهو يفيد تأكيد الحكم المستفاد من الحديث السابق.

وخلاصة ما يستفاد من هذه الأحاديث أنها اتفقت على أن الجدية لا تشترط لوقوع طلاق المطلق [1].

المذهب المالكي

طلاق المخطىء:

يرى المالكية أن القصد ركن من أركان الطلاق. وقد فسروا القصد

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠

قائلين : إنه قصد اللفظ فى الصريح أو فى الكناية ، أو قصد حل العصمة فى الكناية الخفية . وقد بينا رأى المالكية فى طلاق المخطىء عند بيان ركن القصد ،ولذلك لاداعى لتكراره هنا .

طلاق الهازل:

المشهور فى مذهب المالكية وقوع طلاق الهازل . وضربوا مثالا بينوا به معنى الهزل؛ فقالوا : والهزل فى الطلاق كأن يخاطب زوجته بلفظ الطلاق على سبيل المزاح والملاعبة ، سواء أكان خطابه لها بلفظ الطلاق أم بالكناية الظاهرة ؛ كقوله لها انت برية ، أو خلية .

واستدل المالكية لرأيهم بمالا يخرج عما استدل به الأحناف [٢].

المذهب الشافعى

طلاق المخطىء :

قصد الطلاق ركن من أركان الطلاق عند الشافعية ، ولهذا قالوا : لو سبق لسان الرجل بطلاق بلا قصد لحروف الطلاق ولا لمعناه، لغاما سبق لسانه إليه ؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاث ؛ عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق » . ومثل ذلك ماإذا تلفظ بالطلاق حاكياً كلام غيره. وكذا الفقيه إذا تكرر منه لفظ الطلاق فى درسه وتصويره ؛ وقال الشافعية : إن من ادعى أن لسانه قد سبق بالطلاق لايصدق فى هذا الادعاء الا بقرينة ؛ لتعلق حق الغير به ، ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لايتكلم بكلام إلا ويقصده . ومن القرائن التى يستدل بها على صدق مايدعيه مالو دعاها، بعد طهرها من الحيض إلى فراشه،

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٦ .

فأراد أن يقول لها: أنت اليوم طاهرة فسبق لسانه، فقال:أنت اليوم طالقة.

وقال الشافعية أيضاً : لو أن لرجل زوجة اسمها طالق فقال : يا طالق وقصد النداء لم تطلق؛ لأن اسمها كذلك قرينة تسوغ تصديقه[١] .

الخطأ فى الشخصية :

لكن الشافعية قالوا: لو أن رجلا خاطب امرأته بطلاق وهو يظنها أجنبية بان كانت فى ظلمة أومن وراء حجاب ، أو كان قد أنكحها له وليه أو وكيله ، ولم يعلم بالنكاح ، أو نسيه أو نحو ذلك، وقع الطلاق[٢].

طلاق الهازل واللاعب :

يرى الشافعية ، كما يرى الحنفية والمالكية، وقوع طلاق الهازل بالطلاق، وهو من يقصد التلفظ بالطلاق دون معناه. وكذا طلاق اللاعب بالطلاق؛ وهو من لا يقصد شئاً كرجل تقول له زوجته، فى معرض دلال أوملاعبة أو استهزاء ! طلقنى؛ فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً طلقتك[٣]

الدليل :

استدل الشافعية بالسنة التى منها قول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد: الطلاق ، والنكاح ، والرجعة » قال البغوى : خص فى الحديث الثلاث لتأكد أمر الفرج ،وإن كان البيع وسائر التصرفات تنعقد بالهزل على الأصح اه

كما استدل الشافعية بالمعقول ، فقالوا :

إن الهازل أو اللاعب بالطلاق قد أوقع الطلاق فى محله وظن غير الواقع لايدفعه .

(١ ، ٢ ، ٣) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ ص ٢٨٨

المذهب الحنبلى

طلاق المخطىء :

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبى عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقينى ماء، فسبق لسانه؛ فقال: أنت طالق، أو أنت حرة — أنه لا طلاق فيه. ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما فى قلبه، فقال : أرجو أن يكون الأمر واسعا... وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ ينظر ؛ فإن كان فى حال الغضب ، أو سؤالها الطلاق ، لم يقبل فى الحكم ؛ لأن لفظه ظاهر فى الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل . وإن لم تكن فى هذه الحال فظاهر كلام أحمد، فى رواية منصور وأبى الحارث ، أنه يقبل قوله ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد . وقال القاضى : فيه روايتان : هذه التى ذكرنا ؛ قال : وهى ظاهر كلام أحمد . (والثانية) لا يقبل قوله ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف، فلم يقبل فى الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال : زيوفا ، أو صغارا، أو إلى شهر[1] .

الخطأ فى الشخصية :

١ — وإن أشار إلى عمرة فقال : يا حفصة أنت طالق، وأراد طلاق عمرة، فسبق لسانه إلى نداء حفصة — طلقت عمرة وحدها ؛ لأنه لم يرد بلفظه الا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده فأشبه مالو اراد أن يقول : أنت طاهرة فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقتا معا؛ عمرة بالاشارة إليها وإضافة الطلاق إليها، وحفصه بنيته

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص ٢٦٥ .

وبلفظه بها ، وإن ظن أن المشار إليهـا حفصة طلقت حفصـة وفى عمرة روايتان كالتى قبلها .

٢ — وإن لقى أجنبية ظنها زوجته؛ فقال: فلانه... أنت طالق، فإذا هى أجنبية،طلقت زوجته ... نص عليه أحمد ؛ لأنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت، كما لوقال: علمت أنها اجنبية وأردت طلاق زوجتى. وإن قال لها:أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا ، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق، واحتمل ألا تطلق ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه . وأن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وان لم يردها بالطلاق لم تطلق .

٣ — ومن لقى امرأته فظنها أجنبية فقال . تنحى يا مطلقة لا يقـع طلاقه بذلك ؛ قال أبو بكر ؛ لأنه لم يرد بقوله هذا طلاقا لزوجته كسبق اللسان إلى مالم يرده . وقيل تطلق لعدم العادة بالمخاطبة بقوله : يامطلقه[1] .

الظاهرية

طلاق المخطىء

ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لـكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة . قضى عليه بالطلاق وإن لم تقم عليه بينة لـكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق . قال ابن حزم فى رجل سمى امرأته : خلية طالق ، وناداها بهذا الإسم ، لايقع طلاقه ، حتى ولو قامت به بينة . وقال : قد روى قولنا عن إياس بن معاوية .

الدليل

واستدل الظاهرية بالـكتاب والسنة وقضاء الصحابة

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أما الكتاب:

فقوله تعالى : « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم »[1] .

وجه الاستدلال :

نفى الله الجناح والإثم عن الفعل الذى يقع خطأ من المكلف . وجعل الجناح مترتبا على القصد والعمد فى الأفعال . واعتبر النص :الفعل لاغيا فى حالة وقوعه عن غير قصد، وبذلك لا يقضى على من طلق غير قاصد إلى الطلاق، لكن أخطأ لسانه ، إلا اذا قامت بينة على أنه عامد لا مخطىء .

أما السنة:

فمنها قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل أمرىء مانوى » .

وجه الاستدلال:

بين الحديث أن لاعمل إلا بنية فإذا ما قامت بينة، على أنه نوى الطلاق، فإنه حق قد ثبت . وهو ،فى قوله : لم أنو الطلاق ، مدع بطلان ذلك الحق ، الثابت فدعواه باطلة .

وأما قضاء الصحابة :

فما روى من طريق وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيثمة ابن عبد الرحمن قال : « قالت امرأة لزوجها : سمنى فسماها الظبية ، قالت: ما قلت شيئا ؛ قال : فهات ما أسميك به؛ قالت : سمنى خلية طالق؛ قال : فأنت خلية طالق . فأتت عمر بن الخطاب، فقالت : إن زوجي طلقنى؛ فجاء زوجها

---

(١) الآية رقم ٥ من سورة الأحزاب.

بقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها [١] .

الوكالة فى الطلاق

قال ابن حزم : لاتجوز الوكالة فى الطلاق ؛ لأن الله، عز وجل، يقول : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها [٢] » فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره إلا حيث أجازه القرآن أو سنة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم . ولم يأت فى طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة ، فهو باطل. والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدرى كل واحد أن الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام ؛ ولا يختلفون فى أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ، ولا أن يلاعن أحد عن أحد، ولا أن يولى أحد عن أحد ، لا بوكالة ولا بغيرها، فهل قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن ... لا النصوص يتبعون، ولا القياس يحسنون ...

وقال ابن حزم: إن كل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم، فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم، لا بوكالة ولا بغيرها؛ لأنه يكون تعديا لحدود الله عز وجل وقد قال الله تعالى : «ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ». وقال الله تعالى : «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » . فلا خيار لأحد فى خلاف ما جاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل فى الطلاق عن أحد من المتقدمين ، الا عن إبراهيم والحسن .

الطلاق بالكتابة :

يرى الظاهرية أن الطلاق بطريق الكتابة إلى الزوجة بالطلاق لا يقع ،

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٠ مسألة رقم ١٩٦٤

(٢) الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام

قال ابن حزم : (ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس شيئاً) واستدل لذلك بما روى عن الحسن فى رجل كتب بطلاق امرأته ثم محاه، فقال : ليس بشىء إلا أن يمضيه أو يتكلم به. كما روى الشعبي مثل هذا ؛ وقال : وقد صح، أيضا عن، قتادة[1] .

الشيعة الإمامية

طلاق المخطىء :

يشترط الشيعة الإمامية فى المطلق أن يقصد الطلاق ـ ولذا قال العلامة الحلى : « ولا يصح طلاق المغضب مع ارتفاع القصد »[2]

ومثل هذا جاء فى الروضة البهية : فقد جاء فيها : والقصد ؛ فلا عبرة بعبارة الساهى والنائم والغالط . والفرق بين الأول والأخير أن الأول لاقصد له مطلقاً ، والثانى له قصد إلى غير من طلقها ، فغلط وتلفظ بها. ومثله مالو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة؛ فقال لها: أنت طالق فهو وإن قصد الشخص لكن قصده على تقدير كونها غير زوجته . وكذا لو زوجه بها وليه أو وكيله ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته ، ويصدق الزوج ، فى ظنه ، ظاهرا وفى عدم القصد لو ادعاه مالم تخرج العدة الرجعية . ولا يقبل فى غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة ، وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله فى العدة من غير تفصيل »[3]

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ١٩٦ ، ١٩٧

(٢) المختصر النافع للحلى ص ١٩٧

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى جـ٢ ص١٤٩

طلاق المكره

المذهب الحنفي

معنى الإكراه :

الإكراه فى اللغة حمل الإنسان على شىء يكرهه .

والإكراه فى عرف الشرع ، هو : فعل يوجد من المكره ، فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه .

أنواعه :

والإكراه نوعان : تام وناقص .

١ — والإكراه التام ، وهو الملجىء ، بتلف نفس أو عضو أو بعض عضو أو ضرب مبرح[(١)] .

٢ — والإكراه الناقص ، وهو غير الملجىء ، كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

الشروط التى يتحقق بوجودها الإكراه :

شروط الإكراه أربعة :

١ — قدرة المكره على إيقاع ما هدد به ، سلطانا أو لصا[(٢)] وهذا عند

---

(١) الضرب المبرح هو الموقع فى البرح . والبرح الشدة والشر ؛ قال صاحب الشرنبلالية : هو الضرب الذى يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه .

(٢) المراد من اللص . قيل : هو السارق ، وقيل هو الظالم المتغلب غير السلطان (حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٨٧) .

الصاحبين (أبى يوسف ومحمد) وعند أبى حنيفة لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان ؛ لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان . وقال فقهاء الأحناف : إن الخلاف حقيقة بين الإمام وصاحبيه فى هذا الشرط هو اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ؛ لأن زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه . فأجاب بناء على ماشاهد . وفى زمان الصاحبين ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب فيتحقق الإكراه من الكل ، سلطانا ، ولصا . والفتوى على قولهما .

٢ — خوف المكره (بفتح الراء) بناء على غالب ظنه إيقاع المكره (بكسر الراء) ما هدد به فى الحال ، وقيل : أنه لو هدده بمتلف بعد مدة وغلب على ظنه إيقاعه به صار هذا من الإكراه الملجىء . والبعض قال : إن هذا يكون من قبيل الإكراه الملجىء طالما كان المكره موجوداً عند المكره (بفتح الراء) وإلا لا[1] .

٣ — كون الشىء المكره به متلفاً نفساً حقيقة أو حكما ، كتلف كل المال فإنه شقيق الروح ، أو متلفاً عضواً أو موجباً غماً يعدم الرضا (وهذا أدنى مراتب الإكراه الملجىء) .

٤ — أن يكون المكره ممتنعاً عما أكره عليه قبله ، إما لحقه ، أو لحق شخص آخر (كمن يكره على إتلاف مال غيره) أو لحق الشرع (كمن يكره على الزنا أو شرب الخمر) .

التهديد بالحبس أو القيد المديد

قال الأحناف : إن التهديد بالحبس ، إذا كان بأزيد من يوم يعتبر من

---

(١) المصدر السابق .

قبيل الإكراه الملجىء ، وكذا التهديد بالقيد لمدة أزيد من يوم (هكذا يستفاد من العينى ، والزيلعى[١]) . ولم يجعل الزيلعى التهديد بحبس الوالدين والأولاد من قبيل الإكراه ؛ لأنه ليس بملجىء ، ولا يعدم الرضا، بخلاف التهديد بحبسه هو . وقيل التهديد بحبس الأب كالتهديد بحبسه هو ، فيعتبر من قبيل الإكراه ، استحساناً بخلاف التهديد بحبس الابن . لكن المعتمد كما قال الطورى ، أنه لافرق بين حبس الوالدين والولد فى وجه الاستحسان ومثلهما كل ذى رحم محرم .

التهديد بحبس يوم أو بالقيد يوماً

وقال الأحناف : إن التهديد بالحبس يوماً أو القيد يوماً أو الضرب غير الشديد لغير ذى جاه لايعتبر إكراهاً . لأنه لايفوت به الرضا . أما التهديد بالضرب اليسير لذى الجاه فهو من قبيل الإكراه؛ لأن ضرره أشد. من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا . وأضاف بعض فقهاء الأحناف إلى هذا النوع . ذى الضعف الذى لا يحتمل الضرب فإن التهديد به يعتبر إكراها ، لشدة ضرره بالنسبة له[٢] .

مدى إفساد الإكراه للرضا والاختيار:

الإكراه بنوعيه يعدم الرضا . لكن الإكراه الملجىء ، وهو الكامل، يوجب الإلجاء ويفسد الاختيار ، فينقل الفعل إلى الحامل المكره فيما يصلح أن يكون المكره آله للحامل ، كأنه فعله بنفسه كإتلاف النفس والمال، وما لا يصلح أن يكون آلة له اقتصر على المكره كأنه فعله باختياره مثل الأقوال والأكل ؛ لأن الإنسان لايتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره،

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٨ .

(٢) المصدر السابق .

فلا يضاف إلى غير المتكلم والآكل ، إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الاتلاف لصلاحية المكره ليكون آلة للمكره فيما أكره عليه من هذا الأمر .

فالمكره بملجىء معـــدوم رضاه كاره للفعل فاسد اختياره مجبر على الفعل . أما المكره بغير ملجىء فهو كاره للفعل لكنه مختار . أما المكره نتيجه تهديده بالقتل ، فهو كاره للفعل لارضاءله به واختياره له غير صحيح.

أمر السلطان إكراه

وقال الأحناف : إن أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده . أما أمر غيره فلا ، إلا إذا علم المامور ، بدلالة الحال أنه لو لم يمتثل أمره يقتله ، أو يقطع يده ، أو يضربه ضربا يخاف منه على نفسه .

طلاق المكره يقع

قال الأحناف : بوقوع طلاق المكره ، إذ الأصل أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه ؛ لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه . والطلاق مما لا يؤثر فيه الهزل؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد... النكاح ، والطلاق ، والعتاق » .

المذهب المالكى

تكلم المالكية عن الحالات التى يقع فيها طلاق المكره والحالات التى لا يقع فيها طلاقه ، وذلك عند بيانهم لركن القصد فى الطلاق . وقد أغنى ذلك عن تكرار ذكره هنا .

المذهب الشافعى

ما يحصل به الإكراه :

يحصل الإكراه بالتهديد بأمر محذور ؛ كضرب شديد ، أو حبس ، أو إتلاف مال ، ونحو ذلك .

شروط الإكراه :

اشترط الشافعية لتحقق الإكراه الشروط الآتية :

١ — قدرة المكره (بكسر الراء) على تحقيق ما هدد به المكره (بفتح الراء) تهديداً عاجلا سواء كانت قدرته على ذلك نتيجة تسلطه ظلماً بولاية ، أو تغلب .

٢ — عجز المكره عن دفع المكره ، ولو بهرب أو استغاثة بغيره .

٣ — ظن المكره أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق المكره ما هدد به .

٤ — أن يكون التهديد بما يخوف كضرب شديد، أوحبس ، أو إتلاف مال، أو نحو ذلك، مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه. وقيل: يشترط أن يكون التهديد بقتل نفس المكره فقط . وقيل: أو بقطع طرف من أطرافه ، أو بضربه ضرباً يفضى إلى القتل . والتهديد بما عدا ذلك لا يكون تهديداً ، يمنع من هدد به على إيقاع الطلاق ، فأوقعه ، من وقوع طلاقه لكن صاحب المنهاج اختار الرأى الأول ؛ وقال: إن الشرط هو أن يكون التهديد بمخوف سواء كان بالقتل ، أو بقطع طرف من الأطراف ، أو بالضرب الشديد ، أو بالحبس ، أو بإتلاف المال ، ونحو ذلك[1] .

---

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ١٦٤ — ومغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٩٠ .

الإكراه بلاحق لايقع معه الطلاق

وقال الشافعية: لايقع طلاق مكره بغير حق . أما لو أكره على الطلاق بحق وقع طلاقه. وصور بعض الشافعية الإكراه على الطلاق إكراهاً بحق بصورة ما إذا أكره القاضى المولى بعدمدة الإيلاء على طلقة واحدة حيث لم يفيء إليها بعد تمكنه من الفيء وقد اعترض على هذا المثال بعدة اعتراضات وقال صاحب المغنى : والأصح أن الحاكم هو الذى يطلق على المولى الممتنع كما سيأتى فى بابه . وحينئذ فلا إكراه، أصلاحتى يحترز عنه بعبارة: بغير حق.

اختيار المكره الطلاق

قال الشافعية ، إذا وجدت من المكره قرينة تدل على اختياره للطلاق بأن كان أكره على ثلاث فطلق واحدة ، أو أكره على أن يطلق زوجته بصريح الطلاق ، أو يعلق طلاقه لها على شرط فطلقها كناية ونوى الطلاق، أوطلقها منجزاً ، أو أكره على طلاق زوجته كناية فصرح بالطلاق ، أو أكره على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا ، أو يطلقها منجزا فطلقها معلقاً طلاقه على شرط — فالطلاق فى كل هذه الحالات يقع منه؛ لأن مخالفته ما أمره به مكرهه دلت وأشعرت باختياره فيما أتى به .

اختلاف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب

قال صاحب المغنى[1] : « ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص . والأسباب المكره عليها ؛ فقد يكون الشيء إكراها فى شخص دون آخر، فالإكراه بإتلاف مال لا يضيق على المكره (بفتح الراء)، كخمسة دراهم فى حق الموسر ، ليس بإكراه على الطلاق؛ لأن الإنسان يتحمله ولا يطلق بخلاف المال الذى يضيق عليه . والحبس فى الوجيه إكراه وإن قل كما قاله الأذرعى.

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ص ٢٩٠ للفقيه الشيخ محمد الشربينى الخطيب

والضرب اليسير فى أهل المروءات إكراه . والتهديد بقتل أصله، وإن علا، أو فرعه ، وإن سفل ، إكراه بخلاف ابن العم ونحوه . بل يختلف ذلك باختلاف الناس »(١).

لايقع طلاق المكره ولو ترك التورية :

قال الشافعية: لا يشترط فى عدم وقوع طلاق المكره التورية(٢) كأن ينوى بقوله طلقت زينب مثلا امرأة أخرى غير زوجته ، أو ينوى بالطلاق : المعنى اللغوى وهو حل الوثاق ، أو يتلفظ سراً «إن شاء الله» بحيث لم يسمعه المكره ؛ وقيل : إن ترك المكره التورية بلا عذر له فى تركها وقع طلاقه لإشعاره بالاختيار . أما لو تركها لعذر كدهشة ، لم يقع الطلاق قطعاً(٣).

فروع

قال الشافعية : لو أن اللصوص قالوا لشخص: لن نخليك حتى تحلف بالطلاق أنك لاتخبر بنا فحلف بذلك، فهو إكراه منهم له على الحلف، فإذا أخبر بهم لم يقع عليه طلاق . أما لو أكره ظالم شخصاً على أن يدله على رجل أوعلى ماله ، فأنكر معرفته، محله فلم يخله حتى يحلف له بالطلاق، فحلف به كاذباً أنه لايعلمه فإن طلاقه ، يقع فى هذه الحالة ؛ لأنه ، فى الحقيقة، لم يكره على الطلاق ،بل خير بينه وبين الدلالة على الرجل ؛ أو على ماله .

الادلة

استدل الشافعية بالسنة ، والمعقول

أما السنة :

فمنها : قوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

---

(١) هو العلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب صاحب مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج .
(٢) ضابط التورية هى أن ينوى ما لو صرح به لقبل ولم يقع الطلاق .
(٣) المصدر السابق .

٢ — قوله صلى الله عليه وسلم: « لا طلاق فى إغلاق » أى إكراه رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده على شرط مسلم .

وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد نفى الآثار المترتبة عن فعل يصدر نتيجة إكراه سواء كان هذا الفعل تطليقاً أوغيره . ومعنى هذا إلغاء الطلاق الصادر من المكره نتيجة إكراهه على الإتيان به .

أما الحديث الثانى فهو صريح فى نفى الحكم المترتب على الطلاق الصادر عن إكراه ، لأن نفى القول بعد وجوده غير ممكن فينصب النفى على آثار الفعل ومفاد ذلك إلغاء حكم الطلاق الصادر نتيجة الإكراه .

وأما لمعقول:

فقد قال الشافعية: إن ما تلفظ به المكره لاعتبار له؛ لأنه لا اختيار له نتيجة إكراهه بما يخوف، ومتى انعدم الاختيار صارماً صدر عن المكره من طلاق فى حكم العدم، فلا يعتد به ولا يترتب عليه آثاره، بدليل أنه لو أكره الإنسان على الإسلام بغير حق لا يصح إسلامه كإكراه الذمى على الإسلام .

المذهب الحنبلى

لا يختلف رأى الحنابلة عن رأى الشافعية فى القول بعدم وقوع طلاق المكره إذا كان الإكراه بغير حق . كما قالوا كالشافعية ، إن الإكراه بحق لا يمنع من وقوع الطلاق. ومثلوا لهذه الحالة بحالة إكراه الحاكم الرجلين اللذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق فان طلاقهما يقع مع الإكراه عليه وعللوا لذلك، فقالوا : إنه قول حمل عليه بحق فصح؛ كإسلام المرتد إذا أكره عليه ؛ ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود[1] .

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص ٢٦٠ — والشرح الكبير على هامش المغنى حـ٨ ص ٢٤٢ — ٢٤٤ .

لا بد من أن ينال المكره شيء من العذاب

وقال الحنابلة . لا يكون المكرَه مُكرَها حتى يُنَال بشيء من العذاب مثل الضرب ، أو الخنق ، أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرها .

الأدلة

استدل الحنابلة على أن طلاق المكره بغير حق لا يقع بما استدل به الشافعية من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجة . وبما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق فى إغلاق » أى إكراه .

وزاد الحنابلة على ما تقدم أن كثيرا من الصحابة قد قالوا بذلك ولا مخالف لهم فى عصرهم ، فيكون إجماعا . كما قالوا : إن الطلاق الصادر من المكره قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

واستدل الحنابلة على أنه لابد وأن ينال المكره بشيء من العذاب بما روى أن المشركين أخذوا عمارا فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبى، صلى الله عليه وسلم، وهو يبكى، فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول: «أخذك المشركون فغطوك فى الماء، وأمروك أن تشرك بالله، ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص بإسناده ، كما استدلوا بقول عمر رضى الله عنه : « ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أجعته ، أو ضربته ، أو وثقته » وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراها .

مدى تحقق الإكراه بالوعيد

قال الحنابلة: فى الوعيد بمفرده، دون أن ينال المكره شىء من العذاب، كالضرب، أو الخنق فى تحقق الإكراه به أو عدم تحققه، يروى عن أحمد فى ذلك روايتان.

إحداهما، أن الوعيد بمفرده، ليس بإكراه. واستدل الرأى الوارد فى هذه الرواية بأن الذى ورد به الشرع بالرخصة معه هو ما ورد فى حديث عمار وفيه: «إنهم أخذوك فى الماء» فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله.

والثانية: أن الوعيد، بمفرده إكراه. وقال فى رواية ابن منصور: حد الإكراه إذا خاف القتل، أو ضربا شديدا. وإستدل لهذا الرأى بأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه، ولا يخشى من وقوعه. وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد، وهو فى الموضعين واحد، ولأنه متى توعد بالقتل، وعلم أنه يقتله، فلم يبح له الفعل، فسيفضى ذلك إلى قتله، وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئا، لأنه إذا طلق فى هذه الحالة وقع طلاقه، فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره. وثبوت الإكراه فى حق من نيل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوت الإكراه فى حق غيره. وقد روى عن عمر، رضى الله عنه، فى الذى تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل، وقالت: طلقنى ثلاثا، وإلا قطعته، فذكرها الله والإسلام فقالت: لتفعلن، أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً فرده إليها. رواه سعيد بإسناده. وهذا كان وعيدا[1].

شروط الإكراه

قال الحنابلة: إن من شرط الإكراه ثلاثة أمور:

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ص ـ٨ ٢٦٠ و ٢٦١ ـ والشرح الكبير على متن المقنع للشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن أحمد بن قدامة المقدسى ـ٨ ص ٢٤٤ على هامش المغنى لابن قدامة.

(أحدها) : أن يكون الإكراه من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه.

(الثانى) : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ماطلبه .

(الثالث) : أن يكون الإكراه بما يستضر به ضررا كثيرا كالقتل والضرب الشديد ، والقيد ، والحبس الطويلين .

السب والشتم

قال الحنابلة: السب والشتم لا يتحقق بهما إكراه. وكذلك التهديد بأخذ المال. أما التهديد بالضرب اليسير فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه. وأما بالنسبة لذوى المروءات فإن وقع على وجه يكون إخراقا بصاحبه ، وغضا له ، وشهرة فى حقه، فهو كالضرب الكثير فى حق غيره.

التهديد بتعذيب الولد

يرى جمهور الحنابلة أن الأولى أن يكون التوعد بتعذيب الولد إكراها؛ لأن ذلك عند الأب أعظم من أخذ ماله، والوعيد بذلك إكراه ، فكذلك هذا . وهناك رأى آخر بأن هذا التوعد ليس بإكراه ؛ لأن الضرر لاحق بغير المكره[1] .

الخطأ وقت الإكراه

قال الحنابلة : إن الخطأ وقت الإكراه لا يأخذ حكم الفعل الذى وقع بسبب الإكراه ؛ فمن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها، وقع؛ لأنه غير مكره عليه . وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضا ؛ لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها ، وقع طلاق غيرها دونها .

من قصد الطلاق دون دفع الإكراه

من خلت نيته فى الطلاق دون دفع الإكراه وقع طلاقه لأنه قصده

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص٢٦٢ ـ الشرح الكبير على هامشه ص ٢٤٥ .

واختاره . ويحتمل ألا يقع ؛ لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق .

القول قول المكره فى تأوله

ومن طلق امرأته مكرها على طلاقها ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تأول فى يمينه فله تأويله ويقبل قوله فى نيته ؛ لأن الإكراه دليل له على تأويله ، وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور، فهو مكره على الطلاق لعموم الأدلة التى تشمل مثل هذه الحالة ضمن حالات الإكراه ، ولأنه قد لا يحضره التأويل فى تلك الحال فتفوت الرخصة[1] .

الظاهرية

وبمثل قول الشافعية والحنابلة قال الظاهرية... قال ابن حزم : وطلاق المكره غير لازم له . ثم ذكر أدلة لقوله لا تخرج عما ذكره الشافعية والحنابلة من أدلة ، ثم قال : إن علينا إيراد البرهان بحول الله وقوته على بطلان طلاق المكره : فمن ذلك . قول الرسول، صلى الله عليه وسلم. «إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى » فصح أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به . وطلاق المكره عمل بلا نية ، فهو باطل . وإنما هو حاك لما أمر أن يقوله فقط . ولا طلاق على حاك كلاما لم يعتقده وقد صح عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتى عن الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » .

ثم اعترض ابن حزم على من قال بوقوع طلاق المكره ، فقال : ومن أعظم تناقضهم أنهم يجيزون طلاق المكره ونكاحه وإنكاحه ورجعته وعتقه،

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ والشرح الكبير على هامشه حـ٨ ص ٢٤٦

ولا يجيزون بيعه ولا ابتياعه، ولا هبته، ولا إقراره . وهذا تلاعب بالدين، ونعوذ بالله من الخذلان [١] .

الشيعة الإمامية

قال الإمامية : لا بد لوقوع الطلاق من وجود الاختيار من المطلق، فلا يقع طلاق المكره، كما لا يقع شيء من تصرفاته عدا ما استثنى .

مدى تحقق الإكراه :

يرى الإمامية أن الإكراه يتحقق بتوعد المكره المكره بما يكون مضرابه فى نفسه أو من يجرى مجراه بحسب حاله بالشروط الآتية :

١ — أن يكون المتوعد قادرا على فعل ما توعد به .

٢ — علم المكره (بفتح الراء)، أو ظنه، بأن المتوعد يفعل به ما توعدبه لو لم يفعل ما أمره به .

التهديد بالقتل أو الجرح أو بإتلاف المال :

يرى الإمامية أن التهديد بالقتل أو الجرح أو أخذ المال ، وإن قل، هو إكراه . ويستوى فى هذا التهديد جميع الناس .

أما التهديد بالشتم والضرب والحبس فيختلف الأمر ، فى هذه الأمور، باختلاف الناس؛ فقد يؤثر قليلها فى الوجيه الذى ينقصه ذلك . وقد يحتمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثر فى قدره ، والمرجع فى ذلك إلى العرف .

وقال الإمامية بعدم تحقق الإكراه فيمن أكره على تطليق زوجته فطلقها ، لا دفعا للإكراه ، بل قاصدا إلى الطلاق راغبا فيه . أو أكره على طلاق زوجة معينة فطلق غيرها، أو على أن يطلق زوجته طلقة واحدة فطلقها أزيد من واحدة .

وقالوا بوقوع الطلاق فى هذه الحالات .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٣ — ٢٠٥ .

طلاق الساهى ، والنائم ، والغالط :

كما يرى فقهاء الإمامية عدم الاعتداد بعبارة الساهى والنائم والغالط وإلغاء الطلاق الصادر من كل واحد من هؤلاء الثلاثة لعدم القصد الذى هو ركن من أركان الطلاق عندهم . وقالوا : إن الفرق بين الساهى والغالط أن الساهى لا قصد له مطلقاً. أما الغالط فله قصد إلى غير من طلقها فغلط، وتلفظ بها، كما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة فقال لها: أنت طالق: فهو وإن قصد الشخص لكن قصدها على تقدير كونها غير زوجته . وكذا لو زوجه بها وكيله أو وليه ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته .

طلاق السكران

المذهب الحنفى :

عرف الاحناف السكر : فقالوا : السكران هو من لا يعرف الرجل من المرأة ، ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف ، فهو كالصاحى[1] وقيل : السكر الذى يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس ، أو يستقبح ما يستحسنه الناس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة .

حكم طلاق السكران :

قال الكمال بن الهمام : الأمر لايخلو إما أن يكون قد سكر بمباح أو بمحظور فإن كان قد سكر بمحظور وقع طلاقه . وإن كان السكر بغير محظور بل بمباح كالبنج والدواء فلا يقع طلاقه . قال عبد العزيز الترمذى . سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع رأسه فطلق أمرأته قالا : إن كان، حين يشرب، يعلم أنه ماهو، تطلق امرأته، وإن لم يعلم لم تطلق.

---

(١) الكمال بن الهمام — فتح القدير جـ٣ ص٤٠

وممن قال بوقوع طلاق السكران من التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن البصرى، وابراهيم النخعى، وابن سيرين، ومجاهد.[1]

الدليل :

واستدل لهذا الرأى بأن من سكر بمحظور يعتبر فى حكم العاقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية. وهذا مناسب له لتسببه فى زوال عقله بسبب محظور، وهو مختار فيه، فاعتبرت أقواله، فيقع طلاقه.

رأى آخر بعدم وقوع الطلاق :

وقال بعدم وقوع طلاق السكران القاسم بن محمد، وطاووس، وربيعة بن عبد الرحمن، والليث، واسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وزفر. كما نقل هذا القول منسوبا إلى عثمان رضى الله عنه. وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما. وهو مختار الكرخى، والطحاوى، ومحمد بن سلمة، من فقهاء الحنفية.

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى:

قال أصحاب هذا الرأى، إن أقل ما يصح من التصرف معه، وإن كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه، القصد الصحيح أو مظنته، وليس للسكران ذلك. والسكران أسوأ حالا من النائم، لأنه إذا أوقظ لا أثر له، وإلا صحت ردته، ولا تصح. فكما لا يقع طلاق النائم كذلك ما ماثله وهو السكران لا يقع طلاقه ولا تأثير لكونه سكر بمحرم فكما أن السفر لمعصية جعل سبباً للترخيص والتخفيف فكذلك السكر، فشرب المسكر كالسفر لمعصية فيكون سكره ولو من محرم سبباً فى عدم الاعتداد بما يصدر عنه من تصرفات؛ تخفيفاً عليه[2].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) فتح القدير جـ٣ ص ٤٠ — والهداية شرح بداية المجتهد جـ٣ ص ٤٠ والعناية للبابرتى على هامش فتح القدير ذات الجزء والصفحة.

مناقشـــة وجهة نظر من قال بعدم وقوع طلاق السكران

قال أصحاب الرأى الراجح فى المذهب معترضين على من قال بعدم وقوع طلاق السكران : إن الشرع خاطب السكران فى حال سكره بالأمر والنهى بحكم فرعى: «ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» فعرفنا من ذلك أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية . وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه، فكانت تصرفاته معتبرة أسوة، بتصرفات العقلاء والمكلفين فيما لا يثبت لشبهة ، وهو الحدود والقصاص، فيحد إذا قذف ، ويقتل إذا قتل ، فلأن يلحق بالعاقل فيما يثبت مع الشبهة، كالطلاق، والعتاق أولى.

دفـع شبهـة

أما الاعتراض بأن الحكم ببقاء عقل من سكر بمحظور تقديرا بعد زواله حقيقة، نتيجة لشربه المسكر، عقوبة وزجراً له — يلزم منه الحكم بصحة ردته فى هذه الحالة ، فيرد على هذا الاعتراض بأن عدم صحة ردة السكران ، استحساناً ، نظراً له، لأن بقاء العقل تقديراً بعد زواله حقيقة للزجر، وإنما تقع الحاجة الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعى إليه طبعا ، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعى إليها فلا حاجة إلى استبقاء عقل السكران فى حال ردته للزجر ، ولأن جهة زوال العقل حقيقة يقتضى بقاء الإسلام وجهة بقائه تقديراً يقتضى زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام، ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر، فأجرى، وأخبر أن قلبه كان مطمئناً بالإيمان ... كذا هذا. أما عدم صحة إقرار السكران بما يوجب الحد، فلأن حاله ، وهو كونه لا يثبت على شىء، يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه .

وأما الهازل إذا نطق بكلمة الكفر هزلا فيحكم بكفره لاستخفافه بالدين؛

إذ الاستخفاف بالدين كفر ولا استخفاف بالدين عند السكران الناطق بكلمة الكفر ، لأن زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشيء(١) .

٣ — السكر بسبب مباح وحصول لذة به:

قال صاحب البدائع : «وإن كان سكره بسبب مباح ، لكن حصل له به لذة، بأن شرب الخمر مكرهاً حتى سكر، أو شربها، عند ضرورة العطش، فسكر؛ قالوا : إن طلاقه واقع أيضاً ؛ لأنه وإن زال عقله، فإنما حصل زوال عقله بلذة ، فيجعل عقله قائما ، ويلحق الإكراه والاضطرار بالعدم كأنه شرب طائعاً حتى سكر(٢) .

من سكر بدواء .

أما من زال عقله بسبب دواء ، فيرى صاحب البدائع أن هذه هي الحالة التي لا يقع فيها طلاق السكران . ولذا قال : (١) «وذكر محمد ، رحمه الله تعالى، فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ، ولكن صدع فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه ما زال عقله بمعصية ، ولا بلذة فكان زائلا حقيقة وتقديرا . وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذى يسكر وزال عقله لما قلنا فى المجنون. وقد روى عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه» ،

لا يقع طلاق من شرب الخمر فزال عقله بالصداع :

قال الكمال بن الهمام فيمن زال عقله بالبنج والدواء (الأفيون): «وعدم

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١٠٠ وفتح القدير للكمال بن الهمام ج٣ ص٤٢،٤١

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠

(٣) المصدر السابق .

الوقوع بالبنج والأفيون ؛ لعدم المعصية، فإنه يكون للتداوى، غالبا، فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية ، حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصداً ، ينبغى أن نقول يقع؛ فإن عبد العزيز الترمذى قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان، حين شرب ، يعلم أنه ماهو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق . ومعلوم أن الضرورة مبيحة ، فكان بمحمل هذا ماقلنا . وعلى ذلك قلنا إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لايقع. والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعنى الصداع، للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الأخير. ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع؛ بل يثبت الصداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له فى ذلك الوقت، فصار الشرب الذى وجد عنه الصداع الذى عنه زوال العقل كسفر المعصية، لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد، بل يمنع الترخص، فلم يضف زوال العقل اليه، ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذى لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل ، بل زال به ، حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل اليه وهو المعصية . وعلى هذا لو شربها مكرها . أو لإساغة لقمة، ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة. وبه قال بعض مشايخنا. وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع، لأن عقله زال عند كمال التلذذ، وعند ذلك لم يبق مكرهاً . والأول أحسن . لأن، موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف»(٢)

ملخص ما قيـــل .

ولخص الكمال بن الهمام ماقيل فى السكر بسبب مباح فقال : «والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة ،

(١) و (٢) فتح القدير جـ٣ ص ٤١ و ٤٢

أو اضطر ، لايقع طلاقه وعتاقه . ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته .

طلاق من سكر من شراب العسل :

وأما من شرب الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد . ويفتى بقول محمد ؛ لأن السكر من كل شراب ، محرم »[٢] .

فالراجح كما يراه الكمال بن الهمام كما هو واضح من قوله المذكور أن من أكره على شرب الخمر فشربها فسكر لا يقع طلاقه سواء تلذذ بالشرب أو لم يتلذذ .

المذهب المالكي

السكر بسبب غير محظور :

ألحق المالكية السكران بحلال ، بالمجنون ، فقالوا بعدم وقوع طلاقه ؛ فقد قالوا : « لا يقع طلاق مجنون ، ولو غير مطبق ، إذا طلق حال جنونه ، ولا من مغمى عليه ، ولا من سكران : لأن حكمه حكم المجنون » .

السكر بمحظور :

وقالوا : بصحة طلاق السكران بمحظور ؛ لأنه أدخله على نفسه . وهذا هو الرأي المشهور والمعتمد في المذهب .

رأي آخر ضعيف .

وقيل : إن من سكر بشربه محظوراً وأصبح لا يميز ، ثم طلق زوجته لا يقع طلاقه ، لأنه أصبح في حكم المجنون[٣] . والرأي الأول هو المشهور . وقال ابن رشد : وأما طلاق السكران ؛ فالجمهور من الفقهاء على وقوعه . وقال قوم لا يقع ؛ منهم المازني وبعض أصحاب ابي حنيفة . والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال : هو والمجنون سواء - إذ كان كلاهما فاقداً للعقل ، ومن شرط التكليف العقل — قال : لا يقع ، ومن قال الفرق بينهما : أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٥ طبع مطبعة الحلبي .

ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه .

ولخص ابن رشد مايلزم السكران بالجملة من الأحكام ومالا يلزمه ؛ فقال قال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل. ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء . وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ، ولا بيع ، ولا حد فى قذف ، وكل ماجنته جوارحه فلازم له، فيحد فى الشرب، والقتل ، والزنى ، والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان، رضى الله عنه، أنه كان لا يرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة . وقول من قال : «إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ليس نصاً فى إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه ما . وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم . وعن الشافعى القولان فى ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور . واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع [١] .

المذهب الشافعى

طلاق السكران :

فرق الشافعية ، كما فعل المالكية، بين السكر بمحرم والسكر بحلال للتداوى أو أكراه على شرب الخمر ، فقالوا : إذا أوجر الإنسان خمراً ، أو أكره على شربها ، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوى ، فإنه لا يقع طلاقه ، ولا يصح تصرفه . أما من أثم بمزيل عقله من شراب خمر أو غيره، أو دواء بنبيذ أو غيره ؛ نفذ طلاقه وتصرفه له قولا وفعلا ، ونفذ أيضاً تصرفه عليه قولا وفعلا ، كاسلام وردة وقطع وقتل على الرأى المعتمد فى المذهب . وفى قول لا ينفذ شيء من تصرفه ؛ لأنه ليس له فهم صحيح . وقيل ينفذ تصرفه عليه كالطلاق والإقرار تغليظاً عليه .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٨١ ، ٨٢

واحتج من قال بأن طلاقه وجميع تصرفاته نافذة له أو عليه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، والصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق) .

والسكران ليس فى معنى واحد من هؤلاء فإنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما ، فالقلم غير مرفوع عنه بخلاف المجنون .[1]

المذهب الحنبلى

طلاق الزائل العقل بلا سكر :

قال صاحب المغنى[2] : « أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى ، والشعبي ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحي الأنصارى ، ومالك ، والثورى . . . » ويستمر صاحب المغنى فى كلامه فيقول : « وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو أكره على شرب الخمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ، ولا نعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق ، رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً .

طلاق من شرب البنج :

أما من شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به ، متلاعباً فحكمه حكم السكران فى طلاقه لأنه زال عقله بمعصية ، فأشبه السكران . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبى حنيفة : لا يقع طلاقه ؛ لأنه لا يلتذ بشربها .

طلاق السكران :

تعددت الروايات عن أحمد فى طلاق السكران ، فرواية عنه تفيد أن

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص٢٩٠ ، ٢٩١ .

(٢) موفق الدين أبى محمد عبد الله بن محمد عبد ابن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ صاحب كتاب المغنى على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

طلاقه يقع . ورواية أخرى تفيد عـــدم وقوع طلاقه . ورواية ثالثة يتوقف عن الجواب ويقول: قد اختلف فيه أصحاب رسول الله ، صلى عليه وسلم. ولذلك فهو يترك القول فيها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها . وقد اختار القول بوقوع طلاق السكران أبو بكر الخلال والقاضي، لقول الرسول، صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه » وقد نقل ذلك عن كثير من الصحابة؛ منهم علي ومعاوية ؛ ولأن السكران اعتبره الصحابة كالصاحي في الحد بالقذف، بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد ومعه عثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير . فقلت : إن خالداً يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر ، وتحاقروا العقوبة ؛ فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم؛ فقال علي : نراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون . فقال عمر « أبلغ صاحبك ما قال » فهؤلاء صحابة رسول الله اعتبروا السكران كالصاحي في مقـــدار العقوبة (عقوبة القاذف) . وهو مكلف، بدليل أنه يقتل إذا قتل ،ويقطع بالسرقة . وبهذا فارق المجنون .

أما الرواية القائلة بعدم وقوع طلاق السكران فاختارها أبو بكر عبد العزيز، وعلل لرجحانها بأن السكران زائل العقل، فأشبه المجنون والنائم ، ولأنه مفقود الإرادة فأشبه المكره . والعقل شرط للتكليف؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ،ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه . ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية ، أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف .[1]

حـــد السكر :

وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه،

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ٨ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ مسألة رقم ١٩٦٨

ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، وفعله من فعل غيره ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : (يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه بما يقول. وروى عن عمر، رضى الله عنه أنه قال : إستقرئوه القرآن ، وألقوا رداءه فى الأردية ؛ فإن قرأ أم القرآن، أو عرف رداءه، وإلا فأقم عليه الحد، ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض، ولا الذكر من الأنثى؛ لأن ذلك لايخفى على المجنون فعليه أولى.

المذهب الظاهرى

طلاق السكران

حـــد السكر .

حد السكر هو أن يخلط فى كلامه فيأتى بما لا يعقل، وبما لا يأتى به إذا لم يكن سكران ، وان أتى بما يعقل خلال ذلك : لأن المجنون قد يأتى بما يعقل ويتحفظ من السلطان ومن سائر المخاوف . وأما من ثقل لسانه وتخبل مخرج كلامه، وتخبلت مشيئته، وعربد فقط إلا أنه لم يتكلم بما لا يعقل فليس هو سكران. فالله سبحانه و تعالى بين أن السكران هو الذى لا يعلم مايقول ؛ فقال «لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » فمن علم مايقول فليس بسكران . ومن خلط فأتى بما يعقل ومالا يعقل فهو سكران ؛ لأنه لا يعلم ما يقول .

طلاق السكران لا يقع

قال ابن حزم : طلاق السكران غير لازم . وكذلك من فقد عقله بغير الخمر لأنه غير مخاطب؛ إذ ليس من ذوى الألباب فقد بين الله تعالى أن السكران لا يعلم ما يقول « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » ومن أخبر الله تعالى عنه أنه لا يدرى ما يقول فلا يحل أن يلزم شيئاً من الأحكام لا طلاقاً ولا غيره لعدم توجيه الخطاب اليه [١] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ مسألة رقم ١٩٦٨

مناقشة

قال ابن حزم : لقـــد نظرنا فيما يحتج به من خالف قولنا فوجدناهم يقولون: هو أدخل على نفسه ذهاب عقله بمعصيته لله عز وجل؛ فقلنا: فكان ماذا؟ ومن أين وجب إذا أدخل ذلك على نفسه أن يؤاخذ بما يجنى فى ذهاب عقله؟ وهذا ما لا يوجد فى قرآن ولا سنة ، و لاخلاف بينكم فيمن تردى ليقتل نفسه عاصياً لله عز وجل فسلمت نفسه إلا أنه سقط على رأسه ففسد عقله ، وفيمن حارب وأفسد الطريق فضرب فى رأسه ففسد عقله أنه لا يلزمه شيء مما يلزم الأصحاء ، وهو الذى أدخل على نفسه الجنون بأعظم المعاصى ثم لايختلفون فيمن أمسكه قوم عيارون فضبطت يداه ورجلاه وفتح فمه بكاوب وصب فيه الخمر حتى سكر إنه مؤاخذ بطلاقه وهو لم يدخل على نفسه شيئاً ولاعصى ، فظهر فساد اعتراضهم. وموهوا بالأخبار التى فيها « ثلاث هزلهن جد ...»وليس فيها. على سقوطها — للسكران ذكر ، ولا دليل عليه واحتجوا بالخبر الموضوع : « لا قيلولة فى الطلاق» ولو صح هذا لكان ذلك فى طلاق من طلاقه طلاق من يعقل ، كما يقولون فى طلاق الصبي والمجنون . كما احتجوا بالخبر الكاذب « كل طلاق جائز الإطلاق المعتوه » — وهذا الخبر قد ظهر عدم حجيته لعدم صحته . ثم لو صح لم يكن المحتجين به حجة؛ لأنهم لا يجيزون طلاق من لم يبلغ ، وليس بمعتوه .

وأما السكران الذى لا يدرى مايتكلم به فهو معتوه بلا شك؛ لأن المعتوه فى اللغة هو الذى لا عقل له ، ومن لا يدرى ما يتكلم به فلا عقل له ، فهو معتوه بأي وجه عام كان ، وقالوا : قد روى عن على ، وعبد الرحمن بحضرة الصحابة: « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى وإذا افترى جلد ثمانين » وهذا خبر مكذوب قدنزه الله تعالى علياً وعبد الرحمن عنه ؛لأنه لا يصح إسناده ، ولعظيم ما فيه من المناقضة ؛ لأن فيه إيجاب الحد على من هذى ، والهاذى لاحد عليه . وهلا قلتم : إذا هذى كفر وإذا كفر قتل . ؟

وقالوا إنه بنفس السكر يجب عليه الحد فالطلاق كذلك. قلنا: هذا غير صحيح؛ فما وجب قط بالسكر حد، لكن بقصده إلى شرب ما يسكر كثيره فقط، سواء سكر أو لم يسكر. برهان ذلك: أن من سكر ممن أكره على شربها لا حد عليه.

وقالوا: هو مخاطب بالصلاة فطلاقه لازم له. وهذا، أيضاً، قول جانبه الصواب؛ فقد نص فى القرآن الكريم على ما يخالف هذا القول، إذ ما ورد فى النص يبين أنه غير مخاطب بالصلاة، بل هو منهى عنها حتى يدرى ما يقول. «لا تقربوا الصلاة، وأنتم سكارى، حتى تعلموا ما تقولون».

وقالوا: لو كان ذلك لكان من شاء قتل عدوه، سكر فقتله، ومن يدرى أنه سكران. والرد على هذه الحجة يتلخص فى أنه يلزم على قولكم هذا وجوب القول بإقامة الحدود على المجانين؛ لأنه لو سقط عنهم الحد لكان من شاء قتل عدوه تحامق ومن يدرى أنه أحمق، لكن نقول لا يخفى السكران من المتساكر، ولا الأحمق من المتحامق، ومما يوضح صحة قولنا، يقيناً، الخبر الثابت الذى روينا من طريق البخارى أخبرنا عبدان وأحمد بن صالح قال عبدان: أخبرنا عبد الله بن المبارك، وقال أحمد: أخبرنا عتبة كلاهما أخبره يونس بن يزيد عن الزهرى، أخبرنى على بن الحسين أن الحسين بن على أخبره أن علياً قال فى حديث طويل: فطفق رسول الله، صلى الله عليه وسلم، يلوم حمزة فيما فعل يعنى إذا عقر شارفى على وهو يشرب مع قوم من الأنصار، قال على: فإذا حمزة ثمل محمرة عيناه فقال له حمزة: هل أنتم إلا عبيد لأبى؟ فعرف رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه ثمل فنكص عليه الصلاة والسلام على عقبيه القهقرى، فخرج وخرجنا معه. فهذا حمزة رضى عنه يقول وهو سكران مالو قاله غير سكران لكفر، وقد أعاذه الله من ذلك، فصح أن السكران غير مؤاخذ بما يفعل جملة. وأما من فرق فلم يلزمه الردة وألزمه غير ذلك فمتناقض القول، باطل الحكم بيقين لا إشكال فيه. (١)

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٠ — ٢١١

الشيعة الإمامية

طلاق السكران

اعتبر الشيعة الإمامية السكران ضمن من لا يصح طلاقهم، ولا يجوز أن يطلق الولى عنهم. فقالوا: ويعتبر فى المطلق البلوغ والعقل، ولا يطلق الولى عن السكران، وكذا المغمى عليه وشارب المرقد كالنائم ؛ لأن عذرهم متوقع الزوال . (١)

حكم القانون فى طلاق المكره والسكران

نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على الآتى .

مادة ١ — لا يقع طلاق السكران والمكره .

المذكرة التفسيرية

ونصت المذكرة التفسيرية لهذا القانون على أن المادة الأولى الخاصة بطلاق السكران والمكره قد أخذت بعدم وقوع طلاق السكران بناء على قول راجح لأحمد وقول فى المذاهب الثلاثة ، ورأى كثير من التابعين، وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع . كما أخذت المادة المذكورة بعدم وقوع طلاق المكره بناء على مذهب المالكية والشافعية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .

الطلاق بالكتابة

المذهب الحنفى

قال صاحب الدر المختار : «كتب الطلاق إن مستبيناً على لوح وقع إن نوى ، وقيل: مطلقاً ،ولو على نحو الماء فلا، مطلقاً، ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب كأن يكتب يا فلانة إذا أتاك كتابى هذا فأنت طالق طلقت

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص ١٤٨

بوصول الكتاب.. جوهره. وفى البحر كتب لامرأته: كل امرأة لى غيرك وغير فلانة طالق ثم محا اسم الأخيرة وبعثه، لم تطلق. وهذه حيلة عجيبة؛ وسيجىء ما لو استثنى بالكتابة » [1]

قال ابن عابدين فى حاشيته تعليقاً على ماذكر: (قال فى الهندية: الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة. ونعنى بالمرسومة أن يكون مصدراً ومعنوناً مثل ما يكتب إلى الغائب. وغير المرسومة ألا يكون مصدراً ومعنوناً وهو على وجهين؛ مستبينة وغير مستبينة؛ فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته. وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشىء لا يمكن فهمه وقراءته ؛ ففى غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى. وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة. إن نوى الطلاق يقع، وإلا لا. وإن كانت مرسومة، يقع الطلاق نوى أو لم ينو، ثم المرسومة لا تخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب: أما بعد فأنت طالق، فكما كتب هذا، يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة. وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب إذا جاءك كتابى فأنت طالق، فجاءها الكتاب، فقرأته أو لم تقرأ، يقع الطلاق: كذا فى الخلاصة » . [2]

ولتوضيح ماسبق أقول :

الكتابة إما أن تكون مستبينة أى مرقومة واضحة، كالكتابة على الورق أو على الجدار، متى كانت رقماً يقرأ، وإما ألا تكون كذلك، مثل الكتابة على الماء أو فى الهواء .

والكتابة المستبينة إما أن تكون مرسومة ، أى معنونة وموجهة على نحو ما توجه الرسائل ، وإما ألا تكون كذلك ... فالكتابة غير المستبينة لا يقع بها الطلاق مطلقاً ، سواء نوى الطلاق أو لم ينو .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ٢ ص ٤٦٤

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ٢ ص ٤٦٤ لابن عابدين .

والكتابة المستبينة المرسومة يقع بها الطلاق مطلقاً : نوى أو لم ينو . فإذا ادعى الكاتب أنه كتب ذلك يجرب به القلم، مثلا، فإنه لا يصدق فى القضاء وإن كان يصدق ديانة .

أما المستبينة غير المرسومة فمثل أن يكتب على ورقة أو جدار عبارة الطلاق مقروءة واضحة ، كأن يكتب « فلانة زوجتى طالق » فمثل هذا يحتمل أن يكون المراد به إنشاء الطلاق، ويحتمل أن يكون الغرض منه شيئاً آخر، كتجربة القلم ، أو التمرن على الكتابة. كما يجوز ألا يكون هناك غرض أصلا . فلا يقع الطلاق حينئذ إلا إذا نوى . وفى الكتابة المرسومة إن لم يقيد الطلاق بوقت فإنه يقع من وقت الكتابة كأن يكتب إلى امرأته يقول لها: أما بعد ؛ « فأنت طالق » .

واذا قيد الطلاق بأن علقه على وصول الكتاب إليها؛ فإنه يقع الطلاق ، عند وصول الكتاب، ولو لم تقرأه حينئذ . فإذا وصل الكتاب إلى أبيها فى بلدها فقرأه ولم يسلمه إليها فلا يقع الطلاق ؛ لأنه لم يصل إليها . لكن قال الفقهاء : إذا كان أبوها متصرفاً فى جميع أمورها ، فإنه يقع الطلاق بتسلمه الكتاب . والوجه فى هذا الرأى ظاهر (١) . واذا كتب الطلاق واستثنى بلسانه أو طلق بلسانه. واستثنى بالكتابة قال ابن عابدين: لا رواية لهذه المسألة. وينبغى أن يصح . كذا فى الظهيرية[١]

٢ ـ المذهب المالكى

الطلاق بطريق الكتابة

قال المالكية ؛ لو قال الزوج لرسول اذهب وبلغ زوجتى أنى طلقتها ، أو أخبرها بطلاقها ، فإنه يقع الطلاق بمجرد قوله للرسول، ولو لم يصل إليها. ولو كتب لزوجته، أو لوليها، بالطلاق، ناوياً وعازماً على الطلاق، حين كتب

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٣٨٤

فيقع الطلاق بمجرد فراغه من كتابة هى طالق، وإن لم يتم الكتاب ، ولو لم يرسله ، ولم يخرجه من عنده. كما يقع الطلاق إذا لم يكتب هى طالق، بل كتب: إذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق. وقد علل لذلك العلامة الدسوقى فقال : وهذا بناء على أن (إذا) لمجرد الظرفية فينجز الطلاق كمن أجل الطلاق بمستقبل. وإذا كتب لها: إذا وصلك كتابى هذا فأنت طالق، ففى توقف وقوع الطلاق على وصول الخطاب لها خلاف، وقوى القول بتوقفه على الوصول لتضمن (إذا) معنى الشرط فصار كما إذا قال لها : إن وصلك كتابى هذا فأنت طالق حيث يوقف الطلاق على وصول الكتاب[1]

وعند ابن رشد : اذا كتب الكتاب على أن يستشير فيه فإن رأى أن ينفذه أنفذه ، وان رأى ألا ينفذه لم ينفذه أو كتبه متردداً يقع الطلاق بمجرد اخراجه عازماً. أولا نية له. وان لم يصل؛ لأن ابن رشد يرى أنه فى هذه الحالة يعتبر كالعازم . وخالفه اللخمى فى ذلك . هذا . اذا لم يصل مكتوب الزوج الذى كتبه بالطلاق مستشيراً ومترددا إلى الزوجة . أما إذا وصل لها أو لوليها ولو بغير اختياره فيقع الطلاق سواء كتبه بالطلاق وهو عازم على الطلاق بكتابته أو كتبه لاعازماً بل مترددا أو مستشيرا ولم يخرجه أو أخرجه.
وأما إذا كان حين الكتابة لانية له أصلا فعند ابن رشد يلزمه الطلاق لحمله على العزم واعتبار أنه قوى سواء أخرجه عازما أو متردداً أو مستشيرا أو لانية له ، أو لم يخرجه وصل إليها أو لا.(٢)

قال مولانا سيدى أحمد الدردير فى شرحه الكبير : « فتحصل أنه إما أن يكتبه عازماً أو متردداً أو لانية له . وفى كل إما أن يخرجه كذلك أو لا يخرجه

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٨٤
(٢) المصدر السابق .

وفى هذه الاثنتى عشرة صورة إما أن يصل أولا ، يقع الطلاق بمجرد كتابته، إن عزم أولا نية له ، وبإخراجه(١) كذلك فى المتردد وصل أو لم يصل . وأما إن كتبه مترددا ولم يخرجه أوأخرجه كذلك فإن وصلها حنث ، وإلا فلا . فعدم الحنث فى صورتين فقط »(٢) .

٣ ــ المذهب الشافعى

الطلاق بالكتابة

قال صاحب المنهاج : «فإن كتب إذا بلغك كتابى، فأنت طالق. فإنما تطلق ببلوغه وإن كتب: إذا قرأت كتابى ، وهى قارئة ، فقراته ، طلقت ، وإن قرىء عليها فلا، فى الأصح. وإن لم تكن قارئة فقرىء عليها، طلقت »(٣)

كتاب الزوج بيده كتابا بالطلاق

شرح صاحب المغنى ماتقدم(٤) فقال : إذا كتب شخص فى كتاب طلاق زوجته، صريحا أو كناية، كما فى الروضة وأصلها، ونوى وعلق الطلاق ببلوغ الكتاب ، كقوله : إذا بلغك كتابى أو وصل إليك أو أتاك فأنت طالق فإنما تطلق ببلوغه لها مكتوبا كله، مراعاة للشرط، فإن انمحى كله قبل وصوله لم تطلق ، كما لوضاع ولو بقى أثره بعد المحو، وأمكن قراءته طلقت . ولو ذهب سوابقه ولواحقه كالبسملة والحمدلة وبقيت مقاصده وقع ، بخلاف ما لو ذهب موضع الطلاق أو انمحى لأنه لم يبلغها جميع الكتاب ، ولا ماهو المقصود الأصلى منه .

كتابة الأجنبى مكتوبا بالطلاق

قال صاحب المغنى(٥) : أمر الزوج أجنبيا ، فكتب، لم تطلق، وإن نوى

(١ ، ٢) الشرح الكبير لسيدى احمد الدردير ج٢ ص ٣٧٤ وحاشية الدسوقى عليه (قوله وبإخراجه كذلك) أى عازما أولا نية له وقوله (فى المتردد)أى فيما إذا كتبه مترددا .
(٣ ، ٤ ، ٥) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج .

الزوج «كما لو أمر أجنبيا أن يقول لزوجته: «أنت بائن» ونوى الزوج كما جز ما به ، خلافا للصيمرى فى قوله : إنه لا فرق بين أن يكتب بيده وبين أن يملى على غيره .

لو كتب الزوج كناية من كنايات الطلاق

لو كتب الزوج فى مكتوبه كناية من كنايات الطلاق كأن يكتب «زوجتى بائن» فإن الطلاق لا يقع سواء نوى الزوج الطلاق أو لم ينو ، لأن الكتابة كناية فلا تصح بكناية ؛ إذ لا يكون للكناية كناية ، كذا قاله بعض الشراح . وقد اعترض على ذلك صاحب مغنى المحتاج فقال : وهو مردود بما تقدم عن الروضة وأصلها [1] .

تعليق الطلاق بقراءة الكتاب

واضح من قول صاحب المنهاج أن الزوج لو كتب لزوجته : إذا قرأت كتابى هذا فأنت طالق؛ فإن كانت قارئة فلا تطلق إلا إذا قرأت الكتاب بنفسها. وهذا هو الرأى الأصح فى المذهب ؛ لعدم قراءتها مع الإمكان. وهناك رأى آخر فى المذهب أنها تطلق إذا قرىء عليها الكتاب ؛ لأن المقصود اطلاعها على ما فى الكتاب وقد وجد . أما إذا لم تكن قارئة والزوج يعلم ذلك فقرىء عليها طلقت ؛ لأن القراءة فى حق الأمى محمولة على الإطلاع على ما فى الكتاب وقد وجد ، بخلاف القارئة ، أما اذا لم يعلم الزوج حالها ، فإنها لا تطلق على الأقرب ، كما هو وارد فى الروضة وأصلها [2] .

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٣ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج٣ ص٢٥٨ للشيخ محمد الشربينى الخطيب .

٤ ـ المذهب الحنبلي

وقوع الطلاق بالإشارة والكتابة

قال الحنابلة : لا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا فى موضعين :

(أحدهما) : من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته ؛ لأنه طريق إلى الطلاق بالإشارة فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح . فأما القادر على الكلام فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها ، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاثة إلى الطلاق طلقت ثلاثا؛ لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الناطق أنت طالق هكذا، وأشار بأصابعه الثلاثه طلقت ثلاثا ؛ لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع فى العدد ، وذلك يصلح بيانا ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الشهر هكذا وهكذا»[1] وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين .

وثانيها : اذا كتب الطلاق ، وفى ذلك حالتان :

الأولى : أن يكتب وينوى الطلاق ، فإن نواه طلقت زوجته . واستدل الحنابلة لذلك قائلين : إن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ. ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي، صلى الله عليه وسلم، كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك فى حق البعض بالقول، وفى حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه فى إثبات الديون ، والحقوق .

الثانية : أن يكتب الطلاق من غير نية . وفى هذه الحالة قال

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ٨ ص ٤١٢، ٤١٣ . والشرح الكبير على هامشه ص٤١٨ .

أبو الخطاب : قد خرجها القاضى الشريف فى الإرشاد على روايتين :

احدهما : يقع الطلاق واستدل لهذا الرأى بما استدل به سابقا أصحاب من قالوا بوقوع الطلاق إذا كتبه ونواه .

الثانية : لا يقع الطلاق إلا بنية ؛ لأن الكتابة محتملة إرادة وقوع الطلاق أو انه كتب بقصد تجربة القلم، وتجويد الخط ؛ وغم الأهل. فيحتاج إلى النية ليقع. أما بدون نية فلا يقع ككنايات الطلاق . فإن نوى بكتابته لفظ الطلاق أن يجود خطه ، أو يجرب قلمه لم يقع الطلاق ؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى. وإذا أدعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل ، أيضا، فى الحكم فى أصح الوجهين؛ لأنه يقبل ذلك فى اللفظ الصريح فى أحد الوجهين، فههنا ، مع أنه ليس بلفظ ؛ أولى .

وإذا قال : نويت غم أهلى فالرأى الظاهر أنه يقع الطلاق؛ لقول الرسول، صلى الله عليه وسلم: « إن الله عفا لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » وبوقوع الطلاق قد غم أهله فيجتمع الأمران : وقوع الطلاق ، وغم أهله . وقيل : لا يقع الطلاق ؛ لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته ، فلا يكون ناويا للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام . وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤآخذ به (١) .

الكتابة غير المستبينة .

قال صاحب المغنى : إذا كتب الرجل لفظ الطلاق كتابة لا تبين كأن كتبه باصبعه على وسادة ، أو فى الهواء، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع، وقال أبو حفص العكبرى : يقع ؛ لأنه كتب حروف الطلاق، فأشبه مالو كتبه

---

(٤) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٤١٣ . والشرح ذات الجزء ص ٤١٨

بشيء يبين. والأول أولى ؛ لأن الكتابة التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين، وثَم لا يقع؛ فههنا أولى[1].

الطلاق بواسطة كتاب يرسله لزوجته

إذا كتب لزوجته : أنت طالق، ثم استمد فكتب: إذا أتاك كتابي هذا، أو علقه بشرط أو استثناء فلا يخلو الأمر ، إما أن يكون حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، أو ينوي الطلاق في الحال غير معلق لشرط ، أو لا ينوي شيئا .

الحالة الأولى : إذا كان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع طلاقه في الحال ؛ لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر .

الحالة الثانية : إذا كان حال كتابته للطلاق ناوياً الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال .

الحالة الثالثة : أما إذا لم ينو شيئاً ، فعلى الرأي القائل بأن المطلق يقع به الطلاق ينظر في الأمر ؛ فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط ؛ لأنه لو قال: أنت طالق، ثم أدركه النفس، أو شيء يسكته فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة كذلك من باب أولى . وإن استمد لغير حاجة. ولا عادة ، وقع الطلاق ، كما لو سكت بعد قوله : « أنت طالق » لغير حاجة، ثم ذكر شرطاً. وإن قال إنني كتبته مريداً للشرط فقياس قول الحنابلة أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين، أما قضاء ففي ذلك وجهان، بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق، ثم قال: أردت تعليقه على شرط.

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ﺟ ٨ ص ٤١٣ .

تعليق الطلاق على وصول المكتوب

قال الحنابلة : لو كتب الرجل إلىٰ امرأته « أما بعد فأنت طالق » طلقت في الحال سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل، وعدتها تبدأ من حين كتبه. وإن كتب إليها : « إذا وصلك كتابي فأنت طالق » فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها. وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ؛ لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق ؛ لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس مافيه بعرق أو غيره؛ لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة. وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب وان تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ؛ لأن الاسم باق فينصرف الاسم اليه . وإن تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ؛ لأن المقصود ذاهب[1] .

إثبات الطلاق بالكتاب

قال الحنابلة ؛ لا يثبت الطلاق بالكتاب إلا بشاهدين، عدلين ، أن هذا كتابه ، قال أحمد فى رواية حرب فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول: قيل له: فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا، إلا شاهدان، فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضى ،وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها، وإن لم يشهدا به عند الحاكم؛ لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزوج بعد انقضائها، وهذا معنى يختص به، لا يثبت به حق على الغير، فا كتفى فيه بسماعهما للشهادة

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٤١٤ ، ٤١٥ — والشرح الكبير ذات الجزء ص ٤١٩ .

ولو شهد شاهدان أنه هذا خط فلان لم يقبل ؛ لأن الخط يشبه به ، ولهذا لم يقبله الحاكم . ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

رواية أخرى :

ذكر القاضي : أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ،قال صاحب المغني: والصحيح أن هذا ليس بشرط، فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك، فهذا أولى. وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة . وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها ، بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال : « هذا كتابي » كان لهما أن يشهدا به .(١)

الظاهرية

أوضحنا فيما سبق رأى الظاهرية فيمن كتب إلى امرأته بالطلاق وقلنا : إنهم يقولون بعدم وقوع الطلاق . وقد استدلوا لذلك بقول الله تعالى : « الطلاق مرتان » وبقوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » .

وجه الاستدلال :

قال الظاهرية إن اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله، صلى الله عليه وسلم، لا يقع فيها أسم تطليق على أن يكتب، إنما يقع ذلك على اللفظ به، فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص .

طلاق من لا يحسن اللغة العربية

يرى الظاهرية أن من لا يحسن التكلم باللغة العربية ،فله ـ اذا أراد ـ أن يطلق زوجته أن يطلقها باللفظ الذي يحسن النطق به بشرط أن يترجم هذا اللفظ فى العربية بالطلاق .

---

(١) المصدر السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

طلاق الأبكم والمريض

ويرى الظاهرية أيضا . أن الابكم والمريض أن يطلقا بما يقدرا عليه من الصوت ، أو الإشارة التى يوقن بها من سمعها قطعا أنهما أرادا الطلاق ؛ لأن ماليس فى وسع المرء ولا يستطيعه يسقط عنه ، وعلى الإنسان أن يؤدى مما أمر به ما استطاع فقط ، قال الله تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » (١)

الشيعة الامامية

فى حدود ما لدى من مصادر فقهية لفقه الشيعة الإمامية وجدت أن رأيهم لا يختلف عن رأى الظاهرية فى وجوب التلفظ بلفظ الطلاق ممن يستطيع النطق به — وقد نصوا على أن الطلاق « بالكتب » (بفتح الكاف) لا يقع، سواء كان الكاتب حاضرا أو غائبا ، على أشهر القولين فى المذهب (٢) .

طلاق الغضبان

المذهب الحنفى

تكلم فقهاء الأحناف فى شرط القصد الى الطلاق ، كما أوضحوا الحالات التى لا يقع فيها الطلاق وإن تلفظ به من يملكه ، ومن الحالات التى ذكروها طلاق المدهوش ، وقالوا : إن المدهوش هو الذى اعترته حالة انفعال لا يدرى فيها ما يقول ويفعل، أو يصل به الانفعال إلى درجة

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٨ ، مسألة ١٩٦٦ و ١٩٧ ومسألة رقم ١٩٦٠ و ١٩٦١

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٢ ص ٤٦٣ .

تغلب معها الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله وذلك بسبب شدة الخوف أوالحزن أوالغضب . وألحقوا بهذه الحالة ما ماثلها من حالات الاضطراب فى الأقوال والأفعال وذلك بسبب الكبر أو المرض [٤]. أما الغضبان فقد رجح ابن عابدين عدم وقوع طلاقه فى حالتين هما :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالمطلق الغضب نهايته ، فلا يدرى ما يقول ولا يقصده . وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طلاق فى إغلاق » وقد فسر بعض العلماء الإغلاق بأن يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد ، ويسد عليه طريق الوعى ؛ فيكون معنى الحديث واضحا فى أنه لا طلاق لمن أغلق عليه باب الإرادة والقصد، لانفعال شديد ، وذلك بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب .

الحالة الثانية : ألا يبلغ به الغضب هذه الغاية ، ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان ؛ فيغلب الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك، وكان يحول دون إدراك ما يصدر منه ولا يوجب خللا فى أقواله وأفعاله فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

وجهة نظر ابن عابدين

قال ابن عابدين : للحافظ ابن القيم الحنبلى رسالة فى طلاق الغضبان قال فيها : إنه على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يحصل له مبادىء الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال فيه .

(الثانى) أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريده فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله .

(الثالث) من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله اهـ ملخصا من شرح الغاية الحنبلية لكن

أشار فى الغاية إلى مخالفته فى الثالث حيث قال: ويقع طلاق من غضب خلافا لابن القيم اه. وهذا الموافق عندنا: لما مر فى المدهوش لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أن يصل إلى حالة لا يعلم فيها مايقول ولا يريده. وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها أعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل، بخلاف الغضب فإنه عارض فى بعض الأحوال. لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك. والذى يظهر لى: أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم مايقول، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به فى السكران على مامر. ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل؛ فإن الجنون فنون ولذا فسره فى البحر باختلال العقل. وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش، ويؤيد ما قلنا قول بعضهم: العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادارا، والمجنون ضده. وأيضا فإن بعض المجانين يعرف مايقول ويريده ويذكر مايشهد الجاهل به بأنه عاقل، ثم يظهر منه فى مجلسه ماينافيه فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف مايقول ويقصده، فغيره بالأولى. فالذى ينبغى التعويل عليه فى الدهش ونحوه هو إناطة الحكم بغلبة الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته. وكذلك يقال فيمن اختل عقله بكدر أو طرش أو لمصيبة فاجأته، فمادام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله، وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبى العاقل[1].

المذهب المالكى

طلاق الغضبان:

قال المالكية: إن المريض الذى يهذى أى كلام لا معنى له إذا تكلم

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٦٢، ٤٦٣.

بالهذيان فطلق زوجته فى حال هذيانه فلما أفاق أنكر أن يكون وقع منه شىء لايقع طلاقه . وأطلق بعض المالكية الحكم فى هذه الحالة . وبعضهم قيد الحكم بما إذا لم تشهد بينة على صحة عقله لقرينة . أما الغضبان فنص العلامة «الدسوقى» فى حاشيته على الشرح الكبير على أن طلاقه يقع ولو اشتد غضبه وقال : إن هذا القول ذكره السيد البليدى فى حاشيته[١] .

المذهب الشافعى

لم أجد للشافعية نصاً صريحاً يمنع من وقوع طلاق الغضبان ؛ فعبارات كتبهم لم تنص إلا على طلاق الصبى ، والمجنون ، والنائم ، والمكره بغير حق ؛ فأبانت أن طلاق هؤلاء لايقع . وذكر فقهاء المذهب أن المغمى عليه والسكران غير المتعدى والمبرسم (وهو من أصابه البرسام وهو وجع فى الرأس يفسد العقل) والمعتوه : وهو الناقص العقل عن خبل لاعن عدم معرفة وتصرف ... فهؤلاء يلحقون بالمجنون فى حكم الطلاق ، بمعنى أن طلاقهم لايقع ، كما لايقع طلاق المجنون . ولم أعثر على نص يفيد عدم وقوع طلاق الغضبان . ومفاد ذلك أن الشافعية كما ، يظهر لى ، يحكمون بوقوع طلاق الغضبان ، كما هو الرأى المعتمد عند المالكية[٢] .

المذهب الحنبلى

غضب الرجل على امرأته

صور الفقيه الحنبلى ابن قيم الجوزية فى رسالته : « إغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان » الحالات التى يمكن أن تؤدى إلى غضب الزوج على امرأته

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٦ — والشرح الكبير على مختصر خليل ج ٢ ص ٣٦٦ .

(٢) حاشية الشيخ إبراهيم الباجورى على شرح ابن قاسم الغزى على متن أبى شجاع ج ٢ ١٩١ — ومغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ .

وأن ينتج عنها تلفظه بالطلاق، وبين حكم كل حالة فقال : إنها ثلاث صور ؛

الصورة الأولى:

أن يبلغه عن امرأته أمر ، يشتد غضبه لأجله ويظن أنه حق فيطلقها لأجله، ثم يتبين أنها بريئة منه، فهذا فى وقوع الطلاق به وجهان : أصحهما أنه لايقع طلاقه ؛ لأنه إنما طلقها لهذا السبب. والعلة ، والسبب، كالشرط فكأنه قال : إذا كانت فعلت كذا فهى طالق ، فإذا لم تفعله لم يوجد الشرط . وقد ذكر المسألة بعينها أبو الوفاء ابن عقيل ، وذكر الشريف بن أبى موسى فى إرشاده ؛ فيما إذا قال: «أنت طالق؛ أن دخلت الدار » بفتح همزة أن مراراً، وهو يعرف العربية ، ثم تبين أنها لم تدخل، لم تطلق ، ولا يقال: هوها هنا قد صرح بالتعليل بخلاف ما إذا لم يصرح به فإن هذا لاتأثير له ، فإنه قد أوقع الطلاق لعلة ، فإذا انتفت العلة تبينا أنه لم يكن مريداً لوقوعه بدونها، سواء صرح بالعلة أو لم يصرح بها . وغاية الأمر أن تكون العلة بمنزلة الشرط ، وهو لو قال : « أنت طالق » وقال : أردت إن فعلت كذا وكذا دين فيما بينه وبين الله تعالى .

وقد ذكر أصحاب الشافعى وأحمد فيما إذا كاتب عبده على عوض فأداه إليه ،فقال: «أنت حر» ثم تبين أن العوض غيرمستحق: لم يعتق مع تصريحه بالحرية ، فالطلاق أولى بعدم الوقوع فى هذه الصورة .

الصورة الثانية :

أن يكون قد غضب عليها الأمر قد علم وقوعه منها ، فتكلم بكلمة الطلاق، قاصدا الطلاق ، عالما بما يقوله ، عقوبة لها على ذلك ؛ فهذا يقع طلاقه ؛ إذ لو لم يقع هذا الطلاق لم يقع أكثر الطلاق ، فإنه غالبالايقع مع الرضا .

الصورة الثالثة :

ألايقصد أمرا بعينه ولكن الغضب حمله على ذلك ، وغير عقله ومنعه

كمال التصور والقصد ، فكان بمنزلة الذى فيه نوع من السكر والجنون ، فليس هو غائب العقل ، بحيث لا يفهم ما يقول بالكلية ، ولا هو حاضر العقل بحيث يكون قصده معتبرا فهذا لا يقع به الطلاق أيضا كما لا يقع بالمبرسم والمجنون .

وقد قسم ابن تيمية الغضب إلى ثلاثة أقسام فقال :

أحدها : أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله ، بحيث لا يتغير عليه عقله ولا ذهنه ويعلم ما يقول ويقصده ، فهذا لا إشكال فى وقوع طلاقه وعتقه وصحة عقوده ، ولا سيما إذا وقع منه ذلك بعد تردد وفكر .

القسم الثانى :

أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة ، فلا يعلم ما يقول ولا يريده ، فهذا لا يتوجه خلاف فى عدم وقوع طلاقه كما تقدم ، والغضب غول العقل ، فإذا إغتال الغضب عقله حتى لم يعلم ما يقول فلا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله فى هذه الحالة فإن أقوال المكلف إنما تنفذ مع علم القائل بصدورها منه ومعناها وإرادته للتكلم بها (فالأول) يخرج النائم والمجنون والمبرسم والسكران وهذا الغضبان . (والثانى) يخرج من تكلم باللفظ وهو لا يعلم معناه البته ، فإنه لا يلزم مقتضاه . (والثالث) يخرج من تكلم به مكرها وإن كان عالما بمعناه .

القسم الثالث :

من توسط فى الغضب بين المرتبتين فتعدى مبادئه ، ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون ، فهذا موضع الخلاف ومحل النظر ، والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعتقه وعقوده التى يعتبر فيها الاختيار والرضا ، وهو فرع من الإغلاق كما فسره به الأئمة — وإستدل لذلك ابن القيم بالكتاب والسنة(١) وآثار الصحابة ، والمعقول وكليات الشريعة .

---

(١) رسالة ابن قيم الجوزية « إغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان ص ١٦ ، ١٧ » .

الأدلة

الكتاب

أما الكتاب فمن وجوه أحدها قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » .

وجه الاستدلال :

قال ابن جرير فى تفسيره : حدثنا ابن وكيع حدثنا مالك بن اسماعيل عن خالد عن عطاء بن رستم عن ابن عباس قال : لغو اليمين : أن تحلف وأنت غضبان ، كما روى عن عطاء عن طاووس قال : « كل يمين حلف عليها رجل وهو غضبان فلا كفارة عليه» فيها ؛ لقوله تعالى: «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » وقد ذهب القاضى اسماعيل ابن اسحاق «أحد أعلام المالكية» إلى أن الغضبان لا تنعقد يمينه .

٢ — قوله تعالى : « ولو يعجل الله للناس الشر استعجالهم بالخير لقضى إليهم أجلهم ، فنذر الذين لا يرجون لقاءنا فى طغيانهم يعمهون » .

وجه الاستدلال

قال ابن قيم الجوزيه : فى تفسير ابن ابى نجيح عن مجاهد : هو قول الإنسان لولده وماله إذا غضب عليهم: «اللهم لا تبارك فيه والعنه » فلو يعجل لهم الاستجابة فى ذلك كما يستجاب فى الخير لأهلكهم ... انتهض الغضب مانعا من انعقاد سبب الدعاء ، الذى تأثيره فى الإجابة أسرع من تأثير الأسباب فى أحكامها ؛ فإن الله سبحانه وتعالى يجيب دعاء الصبي والسفيه والمبرسم ممن لا يصح طلاقه ولا عقوده ، فإذا كان الغضب قد منع كون(١) الدعاء سببا ؛ لأن الغضبان لم يقصده بقلبه ، فإن عاقلا لم يختار إهلاك نفسه وأهله ، وذهاب ماله وقطع يده ورجله، وغير ذلك بمايدعو به ، فاقتضت

---

(١) المصدر السابق ص٧ .

رحمة العزيز العليم ألا يؤاخذه ، ولا يجيب دعاءه لأنه عن غير قصد منه، بل الحامل له عليه الغضب الذى هو من الشيطان .

اعتراض والرد عليه

قال ابن القيم فإن قيل: إن هذا ينتقض عليكم بالحديث الذى رواه ابو داود عن جابر عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «لاتدعوعلى أولادكم ، ولا على أموالكم، ولا تدعو على خدمكم. ولا توافقوا من الله ساعة لا يسأل فيها شيئا إلا أعطاه » ... قيل لا تنافى بين الآية والحديث ؛ فإن الآية اقتضت الفرق بين دعاء المختار ودعاء الغضبان، الذى لا يختار مادعا به، والحديث دل على أن لله، سبحانه وتعالى، أوقاتا لا يرد فيها داعيا، ولا يسأل فيها شيئا إلا أعطاه ، فنهى الأمة ... أن يدعو أحدهم على نفسه أو أهله أوماله؛ خشية أن يوافق تلك الساعة، فيجاب له. والإنسان يدعو على غيره ظلما وعدوانا ومع ذلك فقد يستجاب له ، ولكن إجابة دعاء الخير من صفة الرحمة وإجابة ضده من صفة الغضب، والرحمة، تغلب الغضب. والمقصود أن الغضب مؤثر فى عدم انعقاد السبب فى الجملة . ومن هذا قوله تعالى : « ويدعو الإنسان بالشر دعاءه بالخير وكان الإنسان عجولا ، وهو الرجل يدعو على نفسه وأهله بالشر فى حال الغضب .

٣ — قوله تعالى : «ولما رجع موسى إلى قومه غضبان أسفا، قال: بئسما خلفتمونى من بعدى ، أعجلتم أمر ربكم ؟ وألقى الألواح وأخذ براس أخيه يجره إليه، قال ابن ام إن القوم استضعفونى ، وكادوا يقتلوننى، فلا تشمت بى الأعداء، ولا تجعلنى مع القوم الظالمين) .

وجه الاستدلال :

ووجه الاستدلال بالآية : أن موسى، صلوات الله عليه وسلامه، لم يكن ليلقى ألواحا كتبها الله تعالى... فيها كلامه، من على رأسه إلى الأرض، فيكسرها اختيارا منه لذلك ، ولا كان فيه مصلحة لبنى اسرئيل ، ولذلك جره بلحيته ورأسه وهو أخوه. وإنما حمله على ذلك الغضب فعذره الله، سبحانه وتعالى به

ولم يعتب عليه بما فعل؛ إذ كان مصدره الغضب الخارج عن قدرة العبد واختياره، فالمتولد عنه غير منسوب الى اختياره ورضاه به .

٤ — قوله تعالى « ولما سكت عن موسى الغضب أخذ الألواح » .

وجه الاستدلال

عدل، سبحانه وتعالى، عن قوله: سكن إلى قوله: « سكت » تنزيلا للغضب منزلة السلطان الآمر الناهى ، الذى يقول لصاحبه : افعل ... و لا تفعل ؛ فهو يستجيب لداعى الغضب الناطق فيه ، المتكلم على لسانه ، فهو أولى بأن يعذر من المكره الذى لم يتسلط عليه غضب يأمره وينهاه .. كما سيأتى تقريره بعد هـــذا ان شاء الله . وإذا كان الغضب هو الناطق على لسانه الآمر الناهى له لم يكن ما جرى على لسانه فى هذه الحال ، منسوبا إلى اختياره ورضاه فلا يتم عليه أثره .

٥ — قوله تعالى « وإما ينزغنك من الشيطان نزغ فاستعذ بالله » .

وجه الاستدلال

ما يتكلم به الغضبان فى حال شدة غضبه من طلاق أو شتم ونحوه هو من نزغات الشيطان ، فإنه يلجئه إلى أن يقول مالم يكن مختارا لقوله ؛ فإذا سرى عنه علم أن ذلك من إلقاء الشيطان على لسانه مما لم يكن يرضاه ويختاره، والغضب من الشيطان، وأثره منه: كما فى الصحيح أن رجلين استبا عند النبى، صلى الله عليه وسلم، حتى احمر وجه أحدهما وانتفخت أوداجه ؛ فقال النبى، صلى الله عليه وسلم : إنى لأعلم كلمة لو قالها ، لذهب عنه ما يجد : « أعوذ بالله من الشيطان الرجيم » . وفى السنن أن النبى. صلى الله عليه وسلم ، قال : « إن الغضب من الشيطان وإن الشيطان من النار . وإنما تطفأ النار بالماء ؛ فإذا غضب أحدكم فليتوضأ » ، وإذا كان هذا السبب وأثره من إلجاء الشيطان لم يكن من اختيار العبد ، فلا يترتب عليه حكمه .

وأما السنة

١ — ماروته عائشة، رضى الله تعالى عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : « لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق » .

وجه الاستدلال

قال أهل العراق إن الاغلاق هو الغضب . وقال أهل الحجاز : إنه هو الإكراه . وقالت طائفة هو جمع الثلاث بكلمة واحدة ... حكى الأقوال الثلاثة صاحب كتاب مطالع الأنوار . فمن فسر الإغلاق بأنه جمع الطلقات الثلاث فى كلمة واحدة اعتمد على أن المطلق قدغلق طلاقة كما يغلق صاحب الدين ما عليه وهو من غلق الباب فكأنه أغلق على نفسه باب الرحمة بجمعه الثلاث . . وكان هذا الحديث — على التفسير المذكور لكلمة اغلاق حجة لمن لم يوقع الطلاق المحرم ولا الثلاث بكلمه واحدة ؛ لأنه طلاق محجور على صاحبه شرعا ، وحجر الشارع يمنع نفوذ التصرف وصحته ، كما يمنع نفوذ التصرف فى العقود المالية .

أما الذين فسروا الإغلاق بالغضب أو بالإكراه فقالوا : الإغلاق مأخوذ من إغلاق الباب وهو إرتاجه وإطباقه ، فالأمر المغلق ضد الأمر المنفرج والذى أغلق عليه الأمر ضد الذى فرج له وفتح عليه ، فالمكره الذى اكره عليه أمر إن لم يفعله وإلا حصل له من الضرر ما أكره عليه — قد أغلق عليه باب القصد والإرادة لما أكره عليه ، فالإغلاق فى حقه بمعنى اغلاق أبواب القصد والإرادة فلم يكن قلبه منفتحا لإرادة القول والفعل الذى اكره عليه ولا لاختيارهما، فليس مطلق الإرادة والاختيار بحيث اذا شاء طلق وإن شاء لم يطلق ، وإن شاء تكلم وان شاء لم يتكلم بل أغلق عليه باب الإرادة إلا للذى قد أكره عليه ، ولهذا قال النبى، صلى الله عليه وسلم: « لا يقل أحدكم : اللهم اغفرلى إن شئت ، اللهم ارحمنى إن شئت ، ولكن ليعزم المسألة فإن الله لا مكره له » رواه البخارى عن أبى هريرة - فبين

النبي، صلى الله عليه وسلم، أن الله لا يفعل الا اذا شاء بخلاف المكره الذى يفعل ما لا يشاؤه، فإنه لا يقال (ما يشاء) إلا اذا كان مطلق الدواعى وهو المختار. وأما من ألزم بفعل معين فلا، ولهذا يقال: المكره غير مختار، ويجعل قسيم المختار لا قسما منه. ومن سماه مختارا فإنه يعنى أن له إرادة واختيارا بالقصد الثانى، فانه يريد الخلاص من الشر، ولا خلاص له الا بفعل ما أكره عليه فصارا مريدا له بالقصد الثانى لا بالقصد الأول.

والغضبان الذى يمنعه الغضب من معرفة ما يقول وقصده: فهذا من أعظم الإغلاق. وهو، فى هذه، الحال بمنزلة المبرسم والمجنون والسكران. بل أسوأ حالا من السكران؛ لأن السكران لا يقتل نفسه، ولا يلقى ولده من علو، والغضبان يفعل ذلك. وهذا لا يتوجه فيه نزاع أنه لا يقع طلاقه. والحديث يتناول هذا القسم قطعاً(١).

آثار الصحابة.

وأما آثار الصحابة فمن وجوه؛ أحدها: ما ذكره البخارى فى صحيحه عن ابن عباس أنه قال: الطلاق عن وطر[٢]. والعتق ما يبتغى به وجه الله - أى لا ينبغى للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز.

ووجه الاستدلال: أن ابن عباس حصر الطلاق فيما كان عن وطر وهو الغرض المقصود، والغضبان لا وطرّ له.

المعقول وأصول الشريعة:

المؤاخذة إنما ترتبت على الأقوال؛ لكونها أدلة على ما فى القلب من كسبه وإرادته، كما قال تعالى: «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم» فجعل الله سبب المؤاخذة كسب القلب، وكسبه هو إرادته وقصده. ومن جرى على لسانه الكلام من غير قصد واختيار بل لشدة غضب وسكر أو غير ذلك لم يكن كسب قلبه، ولهذا لم يؤاخذ الله

(١) من رسالة ابن قيم الجوزيه فى (اغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان) ص ١٦.
(٢) الوطر بفتحتين: الحاجة قال أهل اللغة ولا يبنى منها فعل.

سبحانه وتعالى الذى اشتد فرحه بوجود راحلته بعد الإياس منها ، فلما وجدها أخطأ من شدة الفرح وقال . اللهم أنت عبدى وأنا ربك ، فجرى هذا اللفظ على لسانه من غير قصد ، فلم يؤاخذه كما يجرى الغلط فى القرآن على لسان القارىء (لكن) قد يقال : هذا قصد الصواب فأخطأ فلم يؤاخذ ، إذ كان قصد ضد ما تكلم به ، بخلاف الغضبان إذا طلق فإنه قاصد الطلاق ويجاب عن هذا الاعتراض بأن لا كلام فى الغضبان العالم بما يقول ،القاصد المختار لحكمه دفعا لمكروه البقاء مع الزوجة . وإنما الكلام فى الذى اشتد غضبه حتى ألجأه الشيطان إلى التكلم بما لم يكن مختارا للتكلم به كما يلجئه إلى فعل ما لم يكن — لولا الغضب — يفعله . على أن الغضبان يفعل أمورا من شق الثياب، وإتلاف المال وغير ذلك مما لو أكره به حتى يتكلم بالطلاق لم ينفذ طلاقه ولغت أقواله ، فإذا فعل هو هذه الأمور علم أن الذى ألجأه إليها أعظم من الإكراه ، فإن المكره لو أكره بها لم يفعلها ،وهذا فعلها ،فعلم أن المقتضى لفعلها أولى من اقتضاء الإكراه لفعلها . والمكره لو فعل به ذلك كان مكرها ، فالغضبان كذلك. وهذا واضح جداً(٢) .

والغضب مرض من الأمراض وداء من الأدواء، فهو من أمراض القلب نظير الحمى ، والوسواس والصراع فى أمراض الأبدان فالغضبان المغلوب فى غضبه كالمريض ، والمحموم ، والمصروع ، والمغلوب فى مرضه ، والمبرسم المغلوب فى برسامه .

والخلاصة :

أن ابن قيم الجوزيه بعد تحقيقه للغضب وأنه فى حالات ينعدم معه الاختيار والرضا ، وفى حالات لا ... قال بعدم وقوع الطلاق فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالرجل الغضب نهايته ، فلا يدرى ما يقول ولا يقصده ، ففى هذه الحالة لا يقع طلاقه .

---

(١) المصدر السابق ص ٢٤ و ٢٥ .

الحالة الثانية: أن لا يبلغ به الغضب هذه الغاية، فكان بحيث تعدى مبادئه ولم ينته إلى آخره ولكنه وصل به إلى حالة الهذيان: فغلب الخلل والاضطراب أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك، وكان لا يحول دون إدراك ما يصدر منه، ولا يوجب خللا فى أقواله وأفعاله، فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

الشيعة الإمامية

قال الإمام الحلى . ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره ، ولا المغضب ، مع ارتفاع القصد (١) .

الصريح والكناية

المذهب الحنفى

الطلاق الصريح .

قال الأحناف : صريح الطلاق، هو ما يكون بلفظ لا يستعمل إلا فى حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق كقول الزوج لزجته « أنت طالق » أو « أنت الطلاق » أو « طلقتك » أو « أنت مطلقة» مشدداً. وسمى هذا النوع صريحاً، لأن الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد ، مكشوف المعنى عند السامع، من قولهم، صرح فلان بالأمر ،أى كشفه وأوضحه ويسمى المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية .

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الأحناف : صريح الطلاق لا يحتاج ، لإيقاع الطلاق به ، إلى نية ؛ لأن ألفاظ الصريح ظاهرة المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا فى الطلاق عن قيد النكاح ، فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق ؛ إذ النية عملها فى تعيين المبهم، ولا إبهام فيها؛ قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » حيث شرع الله الطلاق من غير شرط النية . وقال سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان » فأطلق

(١) المختصر النافع ص١٩٧

ولم يقيد الوقوع بالنية إذا استعمل لفظ الطلاق ، وقال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقاً عن شرط النية . كذلك روى أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حال الحيض أمره رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أن يراجعها، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو. ولو كانت النية شرطاً لسأله، ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق ، فدل على وقوع الطلاق من غير نية . ولهذا قال الأحناف : لو أن رجلا قال لزوجته .أنت طالق ثم قال أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق قضاء ؛ لأن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضى فى صرف الكلام عن ظاهره — لكنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه فى الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ؛ أما امرأته فلا يسعها أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر . ولو قال الرجل لامرأته . « أنت طالق » وقال . أردت انها طالق من العمل ، لم يصدق ، لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل فى الطلاق عن العمل ، فقد نوى مالا يحتمله لفظه أصلا ، فلا يصدق أصلاً . وهناك فى المذهب رواية للحسن عن أبى حنيفة أنه يصدق فى الحالة الأخيرة ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه إذا قال نويت بقولى : «أنت طالق» أنها طالق من العمل أو من القيد قد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه ؛ لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة ، فجاز أن يصدق فيه . لكن لو صرح الرجل بما نواه بأن قال لزوجته «أنت طالق» من وثاق لم يقع طلاق، لا قضاء، ولا ديانة؛ لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملا ، فإذا صرح به يحمل عليه .

قول الرجـــل لامرأته كونى طالقاً :

لو قال الرجل لزوجته كونى طالقاً أو اطلقى... روى ابن سماعة عن محمد، رحمة الله عليه، أن المرأة تطلق، فالكلام وإن كان على صيغة الأمر لكنه ليس أمراً حقيقياً ، بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً ، كما فى قوله تعالى: «كن» فيكون» فهو كناية عن التكوين . ولا تكون المرأة طالقاً إلا بالطلاق .

يامطلقة

ولو قال الرجل لامرأته يا مطلقة، وقع عليها الطلاق؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة، ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق؛ فإن قال: أردت الشتم لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر: لأنه نوى فيما هو وصف ألا يكون وصفاً، فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضى. لكن لو كان لها زوج آخر؛ فقال: عنيت ذلك دين فى القضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة فى نفسها من غير الإضافة لى نفسه، وقد تكون مطلقته، وقد تكون مطلقة زوجها الأول، فالنية صادفت محلها فصدق فى القضاء، وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره، فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له.

أنت طالق قد طلقتك:

ولو قال لزوجته «أنت طالق قد طلقتك» يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولا بها؛ لأنه ذكر جملتين، كل واحدة منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً، والمحل قابل للوقوع. ولو قال عنيت بالثانى الإخبار عن الأول لم يصدق فى القضاء؛ لأن هذه الألفاظ فى عرف اللغة والشرع تستعمل فى إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق فى القضاء. (١)

صريح الطلاق بغير اللغة العربية يحتاج إلى النية:

قال أبو حنيفة فى فارسى قال لإمرأته «بهشتم أن زن»، أو قال: «إن زن بهشتم»، أو قال «بهشتم» لايكون ذلك طلاقاً إلا أن ينوى به الطلاق، لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت. وقوله خليت كناية من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ. إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين؛ (أحدهما): أنه اذا نوى الطلاق بقوله: «خليت» يقع بائناً. واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعياً؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً فى لغتهم،

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١٠٢.

ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونية بالشك. (الثانى): وقال أبو حنيفة: إن قوله: خليت فى حال الغضب وفى حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقاً، حتى لا يدين فى قوله: إنه ما أراد به الطلاق. وهذا اللفظ فى هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً، حتى لو قال. ما أردت به الطلاق يدين فى القضاء؛ لأن هـذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال.

رأى آخر:

وقال أبو يوسف: إذا قال: «بهشتم إن زن» أو قال «إن زن بهشتم» فهى طالق نوى الطلاق أو لم ينو. وتكون تطليقة رجعية؛ لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ فى لغتهم صريح. أما لو قال «بهشتم» ولم يقل «إن زن» فإن قال ذلك فى حال سؤال الطلاق، أو فى حال الغضب فهى طالقة واحدة يملك الرجعة، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق فى القضاء. وإن قال فى غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين فى القضاء: لأن معنى قولهم: «بهشتم» خليت. وليس فى قوله خليت إضافة إلى النكاح، ولا إلى الزوجة، فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب، ومذاكرة الطلاق دليل على إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر. وقال أبو يوسف: لو نوى الرجل بهذا اللفظ الطلاق والبائن فبائن، وإن نوى ثلاثاً فثلاث؛ لأن هـذا اللفظ وإن كان صريحاً فى الفارسية فمعناه التخلية فى العربية، فكان محتملا للبينونة والثلاث بلفظ التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية. ووافق محمد أبا يوسف فى أن هذه الألفاظ هى من صريح الطلاق إلا قول المطلق «بهشتم» دون ذكر ـ زن ـ أو «أن زن» ـ فقال محمد: إنه إن كان فى حال مذاكرة الطلاق فيعتبر من صريح الطلاق، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق. وإن لم يكن فى حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان فى حال الغضب أو الرضا؛ لأن معنى هـذا اللفظ باللغة العربية أنت مخلاة، أو قد خليتك.

وقال زفر : إذا قال «بهشتم» ونوى الطلاق بائنا أو غير بائن فهو بائن . وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى اثنين فاثنتان ـ فهذه اللفظة تجرى مجرى قوله : «خليت» ولو قال : «خليتك» ونوى الطلاق فهى واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو . وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً ، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله ، فكذا هذا .

الرجوع إلى العرف

وقال صاحب البدائع : «والأصل الذى عليه الفتوى فى زماننا هـذا فى الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل أن يقول فى عرف ديارنا «دها كنم» أو فى عرف خراسان والعراق «بهشتم» ؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات ، وما كان فى الفارسية من الألفاظ ما يستعمل فى الطلاق وفى غيره فهو من كنايات الفارسية ، فيكون حكمه حكم كنايات العربية فى جميع الأحكام .

ألفاظ الصريح لا يقع بها البائن :

قال الأحناف : لو قال لامرأته : «أنت طالق» ونوى به الإبانة لغت نيته ؛ لأنه نوى تغيير الشرع؛ لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا، إلى ما بعد انقضاء العدة ؛ فإذا نوى إبانتها للحال معجلا ، فقد نوى تغيير الشرع، وليس له هذه الولاية، فبطلت نيته. وإن نوى ثلاثا لغت نيته أيضا فى ظاهر الرواية . وذكر الطحاوى أنه لا يكون واحدة وإن نوى الثلاث .

رأى آخر بوقوع الثلاث :

وروى عن أبى حنيفة القول بوقوع الطلاق الثلاث لو قال الرجل لامرأته «أنت طالق» ونوى بقوله هذا أنها تطلق ثلاثا فتصح نيته الثلاث ، وبه أخذ الشافعى .

وجه هذه الرواية :

قال الآخذون بالرواية السابقة: إن قول الزوج لزوجته: « أنت طالق » مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه، فيدل على ثبوت مأخذ الأشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعانى؛ ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلاضرب ، ولا القاتل بلا قتل ، فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا، فصحت نية الثلاث منه ، كما لو نص على الطلاق؛ فقال : « أنت طالق » وكما لو قال لها : « أنت بائن » ، ونوى الثلاث ، فإنه تصح نية الثلاث لما سبق قلنا ، فكذا هذا .

أدلة من قال بعدم وقوع الثلاث :

واستدل أصحاب الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق الثلاث فيما لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق » ونوى الثلاث . بالكتاب والمعقول .

أما الكتاب:

فقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف، أو سرحوهن » .

وجه الاستدلال :

أثبت الله فى الآية السابقة الرجعة حال قيام العدة المطلق مطلقا من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو ، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق ، إلا بما قيد بدليل .

أما المعقول:

فقد قال صاحب البدائع :[1] « إنه نوى مالا يحتمله لفظه فلا تصح نيته ، كما إذا قال لها . « اسقينى » ونوى به الطلاق ، ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث — وقوله طالق لا تحتمل الثلاث لوجهين .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٣ ، ١٠٤

(أحدهما): أن طالق اسم للذات، وذاتها واحد، والواحد لا يحتمل العدد، إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق، ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا. لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور، كالضارب بدون الضرب. وهذا المقتضى غير متنوع فى نفسه، فكان عدما فيما وراء صحة التسمية، وذلك على الأصل المعهود فى الثابت ضرورة: فهو، يقدر بقدر الضرورة، ولا ضرورة فى قبول نية الثلاث: فلا يثبت فيه. بخلاف ما إذا قال لها: «أنت طالق طلاقا»؛ لأن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه، فيثبت فى حق قبول النية. وبخلاف قوله: «أنت بائن»؛ لأن البائن مقتضاه البينونة، وأنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة، فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو البينونة، كاسم الجالس يقال: جلس أى قعد. ويقال جلس أى أتى، فكان الجالس من الأسماء المشتركة؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو الجلوس فكذا البائن، والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين، فإذا نوى الثلاث، فقد عين إحدى نوعى البينونة، فصحت نيته. وإذا لم تكن له نية لا يقع شىء؛ لانعدام المعين، بخلاف قوله «طالق»؛ لأنه مأخوذ من الطلاق، والطلاق فى نفسه لا يتنوع؛ لإنه رفع القيد. والقيد نوع واحد.

(والثانى): إن سلمنا أن الطلاق صار مذكورا على الإطلاق، لكنه، فى اللغة والشرع، عبارة عن رفع قيد النكاح. والقيد، فى نكاح واحد، واحد، فيكون الطلاق واحدا ضرورة، فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له، فبطلت نيته، فكان ينبغى ألا يقع الثلاث أصلا؛ لأن وقوعه ثبت شرعا، بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع.

لو قال أنت طالق طلاقا

ولو قال الرجل لزوجته: «أنت طالق طلاقا»، فإن لم تكن له نية، فتقع طلقة واحدة. وإن نوى ثلاثا؛ ففى المذهب روايتان؛

الأولى: أنه تقع ثلاث طلقات . كذا ذكر فى الأصل .

والثانية : أنه يقع طلقة واحدة ؛ فقد ذكر فى الجامع الصغير عن أبى حنيفة أنه قال :إن قال الرجل لامرأته «أنت طالق طلاقا»ونوى الثلاث لا تقع إلا واحدة . وعلّل لهذا الرأى بأن ذكر المصدر للتأكيد؛ لأن قوله: «أنت طالق» يقتضى الطلاق فكان قوله : «طلاقا» تنصيصا على المصدر الذى اقتضاه طالق فكان تأكيدا كما يقال: قمت قياما، وأكلت أكلا، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله «طالق» فلا يقع إلا واحدة ،كما لو قال: «أنت طالق» ونوى به الثلاث[1] .

وجه الرواية الأولى :

أما وجه الرواية القائلة بصحة نية الثلاث ووقوع الطلاق ثلاثا فى حالة قوله «أنت طالق طلاقا» ونوى به الثلاث فهو : أن قوله «طلاقا» مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق ؛ لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل : قال الله تعالى : «لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا، وادعوا ثبورا كثيرا» فقد وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة ، والثلاث فى عقد واحد كل جنس الطلاق ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته ، وإذا لم تكن له نية فيحمل على الواحد ؛ لأنه متيقن .وحمل المصدر على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة . وههنا أمكن حمله على ما يفيد وهو الثلاث .

قال لزوجته : «أنت الطلاق»

ولو قال لزوجته : «أنت الطلاق» ونوى الثلاث صحت نيته؛ لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول؛ يقال: «هذا الدرهم ضرب الأمير» أى مضروبه. وهذا «علم أبى حنيفة» أى معلومه، فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ، ولو حملناه

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ١٠٣ .

على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث ؛ لأن النيه تتبع المذكور ، بلام الجنس .

جعل الرجعى بائناً

لو طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية ثم لو قال لها قبل انقضاء العدة: قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثا، أو قد جعلتها بائنا — اختلف الأئمة الثلاثه فى ذلك على النحو التالى :

قال أبو حنيفة : يكون ثلاثا ، ويكون بائنا ؛ لأنه يملك إيقاع هذه التطليقه بائنة من الابتداء فيملك إنشاء الإبانة فى هذه الجملة كما كان يملكها فى الابتداء . ومعنى جعل الواحدة ثلاثا أنه ألحق بها تطليقتين أخريين، لا أنه جعل الواحد ثلاثا .

وقال أبو يوسف : يكون بائنا ولا يكون ثلاثا؛ لأن التطليقة الرجعية يحتمل أن تلحقها البينونة فى الجملة، ألا ترى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة لجاز تعجيل البينونة فيها أيضا . فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثا أبدا فلغا قوله « جعلتها ثلاثا » .

وقال محمد : لا يكون ثلاثا ولا بائنا ؛ لأن الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة ، لأن تغييره تغيير للشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى ان الرجل لو طلق زوجته ثلاثا لجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة لجعلها رجعية لا تصير رجعية ؛ لأن فى ذلك تغييرا للشرع والعبد لا يملك ذلك فكذا هنا لا يملك جعل الرجعية ثلاثا كما لا يملك جعل الطلاق الرجعى بائنا[1] .

المذهب المالكى

صريح الطلاق

قال المالكية : الطلاق الصريح ألفاظه أربعة . وهو محصور فى هذه

---

(١) المصدر السابق .

الألفاظ دون غيرها من الألفاظ؛ وهي : طلقت ، وأنا طالق منك ، وأنت طالق ، وأنت مطلّقة ، أو الطلاق لى ، أو علي ، أو منى ، أولك ، أو عليك ، أو منك ونحو ذلك بشرط قصد التلفظ والنطق بواحد من هذه الألفاظ المذكوره ، فهذه الألفاظ وإن كانت فى الأصل اخبار لكن نقلها العرف لإنشاء حل العصمة، فمتى قصد النطق بها لزم الطلاق، سواء قصد بها حل العصمة أولا . أما ماعداها من ألفاظ فلا تكون من صريح الطلاق بل تحتاج إلى نية حل العصمة كقوله لزوجته : أنت منطلقة ، أو مطلوقة ، أو مطلقة، بسكون الطاء وفتح اللام مخففة حيث لم ينقل العرف هذه الألفاظ لحل العصمة ، فهى من قبيل الكناية الخفية ، فتحتاج إلى نية الطلاق لوقوع الطلاق بها[1] .

الطلاق الواقع بألفاظ الصريح

قال المالكية : وتلزم فى لفظ من الألفاظ المذكورة طلقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزم المطلق مانواه . لكن هل توجه يمين التهمة إلى الزوج ويحلف أنه ما أراد بقوله: انت طالق مثلا سوى واحدة فقط وأنه لم يرد أكثر من واحده ؟وقال فقهاء المالكية: لا توجه إليه اليمين فى الفتوى. أما فى القضاء ففى المذهب قولان . (الأول) نقل اللخمى عن ابن القاسم وهو المشهور فى المذهب أنه يحلف . (والثانى) أنه لا يحلف وقد روى ذلك المدنيون عن مالك بن بشير[2] .

المذهب الشافعى

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الشافعية: صريح الطلاق يقع به الطلاق بلانية الايقاع. ولو قال: لم أنو ، به الطلاق لم يقبل. وحكى الخطابى فيه الإجماع .

---

(١) الشرح الكبير لسيدى احمد الدرديرى ج ٢ ص٣٧٨ وحاشية الدسوقى عليه .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

معنى الصريح وألفاظه :

قال الشافعية: إن صريح الطلاق هو مالا يتحمل ظاهره غير الطلاق. وألفاظ الصريح هى : ما اشتق من « الطلاق » لاشتهاره فيه لغـة وعرفا . وألحق به، على المشهور فى المذهب ما أشتق من « الفراق » — أو ما أشتق من « السراح » بفتح السين لورودهما فى القرآن بمعنى الطلاق وفى المذهب رواية أخرى أن ما اشتق من « الفراق أو السراح » ليسا من قبيل صريح الطلاق بل من كنايته ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهار الطلاق ويستعملان فيه وفى غيره.. فلفظ أنت طالق، ويا طالق، إذ لم يكن اسمها ذلك، وأنت مطلقة من الالفاظ الصريحة فى الطلاق .

ترجمة الطلاق من قبيل الصريح

قال الشافعية : الأصح أن ترجمة لفط الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل صريح الطلاق؛ لشهرة استعمالها فى معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها . وفى المذهب قول آخر بأن ترجمة لفظ الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل كنايات الطلاق ، اقتصارا فى الصريح على العربى لوروده فى القرآن ، وتكرره على لسان حملة الشرع .

أما ترجمة لفظ « الفراق » أو لفظ « السراح » فهى من قبيل الكناية . جزم بذلك ابن المقرى فى روضه . وصحح هذا الرأى فى أصل الروضة . وعلل فقهاء الشافعية لذلك فقالوا : إن المتفق عليه هو أن لفظ « الطلاق » أو ما اشتق منه هو من قبيل صريح الطلاق . أما ما اشتق من لفظ « الفراق . أو السراح » فليس محل اتفاق فى كونه من صريح الطلاق فإذا ترجما — كانا من الضعف بحيث . لا تعتبر ترجمتهما من قبيل صريح الطلاق .

شهرة اللفظ فى إيقاع الطلاق

قال الشافعية : لو اشتهر، عرفا، لفظ للطلاق، «كالحلال على حرام» أو «حلال الله علىَّ حرام» أو «أنت علىَّ حرام» «الحرام يلزمنى» أو «على الحرام» كما بحثه الزركشى، فهذه الألفاظ قيل تصبح صريحة فى الطلاق عند من اشتهرت عندهم، لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم. والأصح كما يقول صاحب المنهاج أنها من ألفاظ الكناية. وعلى هذا أكثر الشافعية، لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع، وليس المذكور كذلك.

صريح الطلاق عند المشركين

قال الماوردى : إن كل ما كان عند المشركين صريحا فى الطلاق أجرى عليه حكم الصريح وإن كان كناية عندنا، وكل ما كان كناية عندهم أجرى عليه حكم الكناية وإن كان صريحا عندنا ؛ لأنا نعتبر عقودهم فى شركهم، فكذا طلاقهم. ويفهم من كلام صاحب المغنى أن الذى عليه أكثر علماء الشافعية هو أن الصريح من الطلاق هو ما استقر عليه فقهاء الشافعية فقط سواء وافق هذا عرف المشركين فى طلاقهم أو لا. فلا عبرة بعرف المشركين فى هذا الخصوص. ولكن صاحب المغنى رجح رأى الماوردى[1].

المذهب الحنبلى

صريح الطلاق

للحنابلة فى صريح الطلاق قولان ؛

أحدهما أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق، والفراق، والسراح وما تصرف منهن.

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٨٠ للفقيه الشيخ محمد الشربينى الخطيب.

(ثانيها) وهو ما ذهب إليه أبو عبدالله بن حامدمن أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لاغير . وحجة هـذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان فى غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته . أما أصحاب الرأى الأول فقالوا : إن هذه الألفاظ الثلاثة (الطلاق، والفراق ،والسراح) قدورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانت صريحة فيه كلفظ الطلاق . قال الله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقال : « فأمسكوهن بمعروف » وقال سبحانه وتعالى : « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » وقال سبحانه « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » .

الترجيح:

رجح صاحب المغنى قول ابن حامد وقال إنه أصح ؛ لان الصريح فى الشىء ماكان نصافيه لايحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ،ولفظ الفراق والسراح وأن وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين. فقد وردالغيرذلك المعنى، وفى العرف، كثيرا . قال الله تعالى: (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا)، وقال جل وعلا : (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فى الآيتين المذكورتين استعمل لفظ الفراق لغير الطلاق فلامعنى لتخصيصه بفرقة الطلاق. أما المراد بلفظ الفراق فى قوله تعالى : « أو فارقوهن بمعروف » فهو ترك ارتجاعها ولم يرد به الطلاق . وكذلك قوله تعالى : « أو تسريح بإحسان » ، ـ ولفظ الطلاق مختص بالفرقة بين الزوجين سابق إلى الإفهام مِن غير قرينةولا دلالة بخلاف الفراق والسراح (١).

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٦٤ ـ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٥ .

الصريح لايحتاج إلى نية

وصريح الطلاق متى تلفظ به المطلق وكان ممن يملك الطلاق يقع به الطلاق متى صادف محلا وذلك دون أن يتوقف على نية الطلاق فاذا قال لامرأته طلقتك أو أنت طالق ، أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية . قال صاحب الشرح الكبير : « وجملة ذلك أن الصريح لايحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد . فمتى قال : أنت طالق ، أو مطلقة أو طلقتك ، وقع من غير نية بغير خلاف ؛ لأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحا فيه ، كالبيع ، سواء قصد المزح أو الجد : لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد. النكاح ، والطلاق ، والرجعة » . رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح . قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعى وأبو عبيد قال أبو عبيد : هو قول سفيان وأهل العراق (١) .

تأثير النية فى الصريح

قال الحنابلة. إذا نوى بقوله: « أنت طالق » أنها طالق من وثاق، أوادعى انه قد سبق لسانه بلفظ الطلاق حينما أراد نداءها أو نحو ذلك فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى (فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه). قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقينى ماء فسبق لسانه « ونطق قائلا أنت طالق، أو أنت حرة » أنه لاطلاق فيه . ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير مافى

---

(١) الشرح الكبير « متن المقنع لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن ابى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى جـ ٨ ص ٣٧٥ على هامش المغنى لابن قدامة — ذات الجزء والصفحة .

قلبه . فقال : أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً . أما بالنسبة لقبول هذا الادعاء قضاء، فينظر إلى القرائن إن كانت تصدقه فى دعواه أم لا ، فإن كانت قرينة الحال شاهدة على أنه قصد الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم: كأن يكون الحال الذى تلفظ به حال غضب ومشاجرة مع زوجته ، أو حال سؤالها الطلاق ؛ لأن اللفظ الذى نطق به وهو « أنت طالق » ظاهر فى الطلاق ، وقرينة الحال تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل . وإن لم يكن فى هذه الحال فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى الحارث أنه يقبل قوله؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها . وقال القاضى : فيه روايتان (إحداهما) التى ذكرناها وهى ظاهر كلام أحمد (والثانية) لا يقبل قوله : لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف، فلم يقبل فى الحكم ، إلا إذا صرح بذلك فى اللفظ فقال : طلقتك من وثاق ، أو فارقتك بجسمى ، أو سرحتك من يدى ، فلا شك أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط[1] .

أنت مطلقة

للحنابلة آراء فيما لو قال الرجل لامرأته أنت مطلقة : فقد نسب صاحب الشرح الكبير إلى أبى بكر أنه قال فيما إذا قال الرجل لامرأته: «أنت مطلقة» ونوى أنها مطلقة طلاقا ماضياً من زوج كان قبله . لا يقع الطلاق فى هذه الحالة . أما إذا لم ينوى شيئاً فعلى قولين : « أحدهما » قول بوقوع الطلاق « والثانى » قول بعدم وقوع الطلاق . وقال صاحب الشرح الكبير : وهذا يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة فى أحد القولين ، قال القاضى : « المنصوص عليه عن أحمد أنه صريح. وهو صحيح : لأن هذه متصرفة من

(١) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله: أنت طالق، فإن قال: أردت بقولى أنها مطلقة من زوج كان قبلى؛ ففيه وجه ثالث: أنه يقبل إن كان وجد؛ لأن كلامه يحتمله. ولا يقبل إن لم يكن قد وجد؛ لأنه لا يحتمله[1].

أنت الطلاق

إذا قال الرجل لزوجته: أنت الطلاق. قال القاضى: لاتختلف الرواية عن أحمد فى أن الطلاق يقع به؛ نواه أو لم ينوه(٢)، لأن لفظ الطلاق صريح فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه. وهو مستعمل عرفاً فى إيقاع الفرقة بين الزوجين. وهو وإن كان مصدر والأعيان لاتوصف بالمصادر إلا مجازاً، لكن يتعذر هنا حمله على الحقيقة ولا محل له سوى حمله على أنه لحل عقدة النكاح فتعين فى هذا الوجه.

صريح الطلاق بغير العربية

قال الحنابلة: إذا أتى المطلق بلفظ غير عربى، موضوع عند من يتكلم به فى إيقاع الطلاق صراحة، اعتبر من قبيل الطلاق الصريح ويقع به الطلاق بغير نية، فالعبرة بعرف كل لغه عند من يستعملها ولا يضر أن تكون ترجمة اللفظ إلى اللغة العربية تعطى معنى للطلاق غير صريح فى اللغة العربية. فالعبرة عند كل قوم هى لغتهم[3].

الظاهرية

صريح الطلاق لا يقع إلا بالنية

قال الظاهرية: لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة؛ إما الطلاق،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٦٥، ٢٦٦ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٢، ٣) المصدر السابق جـ ٢٦٦، ٢٦٧.

وإما السراح، وإما الفراق . فمن قال لامرأته: أنت طالق أو مطلقة ، أو قد طلقتك ، وأنت طالقة،أو أنت الطلاق أو أنت مسرحة ، أو قد سرحتك ، أو أنت السراح ، أو أنت مفارقة ، أوقد فارقتك ، أوأنت الفراق ، ونوى به الطلاق . فإن قال فى شيء من ذلك كله. لم أنو الطلاق صدق فى الفتيا ولم يصدق فى القضاء فى الطلاق وماتصرف منه ، وصدق فى السراح أو الفراق قضاء وفتيا . وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاقا أولم ينو، لافى فتيا ولافى قضاء .مثل الخلية والبرية، وأنت مبرأة وقد بارأتك، وحبلك على غاربك .

الدليل

استدل الظاهرية لرأيهم بالكتاب والمعقول ؛ فقالوا :

أما الكتاب:

فقوله تعالى: « ثم طلقتموهن[١] »وقوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن[٢]» وقوله «وللمطلقات متاع بالمعروف[٣]» وقوله تعالى : (وسرحوهن سراحاً جميلا[٤]) وقوله تعالى ؛ (فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان[٥]) وقوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف[٦]) وقوله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته[٧]) .

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم : لم يذكر الله تعال حل عقد النكاح إلا بهذه الألفاظ . فلايجوز لرجل حل عقدة عقدت بكلمة الله ،عزوجل، وسنة رسول الله،صلى

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .
(٣) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة .
(٤) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
(٥) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة .
(٦) الآيه رقم ٢٣١ من سورة البقرة .
(٧) الآية رقم ٣٠ من سورة النساء

الله عليه وسلم إلا بما نص الله عز وجل عليه وإلا كان متعدياً (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه[١]) .

الصريح يحتاج إلى النية

وخالف الظاهرية اجماع الفقهاء فقالوا : إن هذه الألفاظ الصريحة فى الطلاق لا يقع بها الطلاق إلا إذا نوى بها الطلاق ، لقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرىء مانوى » لكن إن ادعى عدم نية الطلاق بهذه الألفاظ فإن كان قد نطق بلفظ الطلاق فلا يصدق قضاء ويصدق فى الفتيا . وكذا سائر ما تصرف من لفظ الطلاق . أما إذا كان قد نطق بلفظ السراح أو الفراق وقال لم أنو بهما الطلاق صدق فى هذا الادعاء فى الفتيا والقضاء ؛ لأن لفظة الطلاق وما تصرف منها لا يقع فى اللغة التى خاطبنا الله عز وجل بها فى أحكام الشريعة إلا على حل عقد الزواج، فقط، لامعنى آخر البتة ، فلايجوز أن يصدق فى دعواه فى حكم قد ثبت بالبينة عليه وفى إسقاط حقوق وجبت يقيناً للمرأة بالطلاق قبله وراعينا دعواه تلك فى الفتيا ؛ لأنه قد يريد لفظاً آخر فيسبقه لسانه إلى ما لم يرده فإذا لم يعرف ذلك إلا بقوله، فقوله كله مقبول ، لايجوز أخذ بعضه وإسقاط بعضه ، وأما ألفاظ السراح والفراق، فإنها تقع فى اللغة التى بها خاطبنا الله عز وجل فى شرائعه على حل عقد النكاح وعلى معان آخر وقوعاً مستوياً ، ليس معنى من تلك المعانى أحق بتلك اللفظة من سائر تلك المعانى، فيكون « أنت مسرحة» أى أنت مسرحة للخروج إذا شئت ، وبقوله « قد فارقتك » « وأنت مفارقة » فى شىء مما بينهما ما لم توافقه فيه ، فلما كان ذلك كذلك لم يجز أن يحكم بحل عقد صحيح بكلمة الله ، عز وجل، بغير يقين ما يوجب حلها[٢] .

---

(١) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٥و١٨٦و١٨٧

لا طلاق بغير الصريح

وقال الظاهرية : إن ما عدا الألفاظ الثلاثة السابقة « الطلاق والسراح والفراق» لا يقع بها طلاق ألبتة، نوى بها طلاقا أو لم ينو،لافى فتيا ولا فى قضاء، سواء فى ذلك الألفاظ التى يكنى بها عن الطلاق « كأنت خلية » « وحبلك على غاربك » ، لأن هذه ألفاظ جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة رضى الله عنهم . ولم يأت فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء أصلا ولا حجة فى كلام غيره، صلوات وسلامه عليه ، لا سيما فى أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من من بعض[1] .

الشيعة الإمامية

الصيغة من أركان الطلاق عند الشيعة الإمامية واللفظ الصريح من الصيغة هو : « أنت طالق » أو « هذه طالق» ويذكر اسم الزوجة أو ما يفيد تعيينها أو يقول « زوجتى طالق »

صريح الطلاق

وينحصر عند الشيعة الإمامية صريح الطلاق فى لفظ «طالق» فلا يكفى «أنت طلاق » لأن النص وارد « بطالق » ويجب أن نقف عند مورد النص . وقد انعقد الإجماع على أن صريح الطلاق منحصر فى لفظة « طالق » ؛ استصحاباً للزوجية[2]. ولا عبرة بلفظ « السراح » أو لفظ « الفراق » .

أنت مطلقة ، أو طلقت فلانة

قال الإمامية لو قال الزوج لزوجته: «أنت من المطلقات أو أنت مطلقة » أو قال « طلقت فلانة » لا يقع الطلاق بهذه الصيغ كلها ؛ لأنها ليست من

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٦ — والروضد البهية شرح اللمعة الدمشقية العاملى
(٢) المختصر النافع فى فقه الشيعة الإمامية للحلى ص ١٩٧ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر

صريح الطلاق ، ولأنها إخبار . ونقل هذه الصيغ من الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد الوفاق ، وهو صيغ العقود ، فاطراده فى الطلاق قياس ، والنص دل فيه على «طالق» ولم يدل على غيره ، فيقتصر عليه . وهذا هو الرأى المشهور فى المذهب .

رأى آخر بالوقوع

وفى المذهب رأى آخر بوقوع الطلاق «بمطلقة» ، وبقوله «طلقت فلانة» وإلى هذا أشار صاحب الروضة البهية[1]

كنايات الطلاق

المذهب الحنفى

كنايات الطلاق هى الألفاظ التى تستعمل فى الطلاق وفى غيره ، فلا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، أو بقرينة الحال التى تدل على أن المراد بها الطلاق .

وألفاظ الكناية كثيرة ، منها : قول الرجل لزوجته : أنت بائن ، أو بتة ، أوخلية ، أو برية ، أو اذهبي إلى أهلك ، أو حبلك على غاربك ، أو اعتدى ، أو استبرئى رحمك ... إلى غير ذلك .

معانى هذه الألفاظ

لو قال الرجل لزوجته : «أنت بائن» يحتمل فى ذاته البينونة والانفصال من رابطة الزواج ، كما يحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر ،

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٧ .

وكذلك قوله : « أنت بتة » فإن معنى البت القطع والفصل . أما قوله لها: « أنت خلية » أو « برية » فيحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه، « كما يحتمل الخلو والبراءة من الخير والشر . وقوله : « حبلك على غاربك » يحتمل معنى أنه لاسلطان له عليها بسبب الطلاق ، كما يحتمل معنى التبكيت والتأنيب .

وقول الرجل لزوجته : « اذهبى إلى أهلك » يحتمل إرادة الطلاق فتعود إلى أهلها ، كما كانت . ويحتمل إبعادها عنه بسبب الغضب .

وقوله لها : اعتدى، يحتمل لإرادة العدة الشرعية التى تعقب الطلاق ؛ لأنه طلقها ، كما يحتمل معنى الاعتداد بما هى فيه من نعمة وخير، والشكر على ذلك .

وقوله : « استبرئى رحمك » يحتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كى تستطيع التزوج بزوج آخر ؛ لأنها صارت طالقاً ، كما يحتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن يعرف أنها غير حامل .

وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

قال الأحناف: كنايات الطلاق يختلف الحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه بالنظر إلى الديانة وإلى القضاء ، كما يختلف حكم القضاء فيها تبعاً لاختلاف معانيها والأحوال التى ترد فيها تلك الصيغ والألفاظ .

ادعاء أنه نوى بالكناية غير الطلاق

لو ادعى الزوج أنه بقوله لزوجته : « أنت بائن » ، أو « أنت بتة » أو أنت خلية .. إلى آخر هذه الألفاظ، التى تحتمل الطلاق وغيره.أنه ماقصد بهذه الألفاظ طلاق زوجته، بل قصد ماتحتمله من معان أخرى، فالأمر عند الأحناف على التفصيل الآتى :

من ناحية الديانة

قال الأحناف : من ناحية الديانة يصدق الرجل ديانة ويوكل الأمر إلى

نية الرجل فيما يريده من تلك الألفاظ : فإذا قال: إنه لم يرد بما تلفظ به طلاقا فهو إلى نيته ، فيصدق ، ويفتى بعدم وقوع الطلاق .

من ناحية القضاء

وأما من ناحية القضاء فالحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه ينبنى على أحد أمرين :

الأول — النية التى يفصح عنها صاحبها بقوله: أردت كذا .

الثانى — القرينة التى ترجح أحد المعنيين اللذين يحتملهما اللفظ .

وقال الأحناف : إن دلالة القرينة على المعنى المقصود من اللفظ أقوى وأبعد عن التهمة — فى اعتبار القضاء - من دعوى الرجل أنه يريد بما تلفظ به كيت أو كيت - فإنه لا يصدق فى هذه الدعوى إلا إذا كانت قرائن الأحوال تساعد على ذلك .

وقال الأحناف توضيحاً وتأكيداً لما سبق : إن الأحوال التى ترد فيها ألفاظ الكناية ؛ إما أن تكون حالة الرضا، أو حالة الغضب والخصومة. كل منهما إما أن يجرى فيه حديث الطلاق ومذاكراته بأن تطلب الزوجة الطلاق من الرجل أو يطلبه غيرها . وإما ألا يكون الأمر كذلك .

وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع:

(الأول) مايصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح رفضاً له ولا شتما وذلك مثل لفظ « اعتدى » .

(الثانى) مايصلح جواباً لطلب الطلاق كما يصلح أن يكون شتما ،وذلك مثل. بائن،وبتة،وخلية،وبرية و فهذه تصلح فى مقام طلب الطلاق أن تكون إجابة لهذا الطلب ؛ فيقع بها الطلاق ، كما تصلح أن تكون شتما للزوجة فى مقام الغضب ، ولكنها لا تصلح أن تكون رفضاً لطلب الطلاق .

(الثالث) مايصلح جواباً لطلب الطلاق ، كما يصلح رفضاً له . وذلك

مثل: اخرجى، اذهبى ، اغربى ، قومى ، تقنعى . فألفاظ هذا النوع تحتمل ان تكون جوابا لطالب الطلاق ، كما يحتمل أن تكون رفضاً ورداً له .

والحكم فى ذلك على التفصيل التالى :

١ ـ فى حالة الرضا، المجردة عن مذاكرة الطلاق وطلبه، لا يحكم بوقوع الطلاق فى شىء من ألفاظ الكناية جميعها إلا بالنية ؛ فيصدق الرجل إذا قال: إنى لم أرد بذلك طلاقا ؛ وذلك لأن كنايات الطلاق كما تحتمل الطلاق تحتمل غيره ، وليس هناك قرائن ترجح أحدهما على الآخر ، فيكون الفيصل فى ذلك هو النية .

٢ ـ إذا جرت فى حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية . ولا يصدق الرجل فيهما إذا قال : إنى لم أرد الطلاق ؛ لأن النوع الأول لا يحتمل غير الجواب على طلب الطلاق . وهذا الطلب حاصل ، فيترجح أن المراد باللفظ هو إيقاع الطلاق ، وكذلك الحكم فى ألفاظ النوع الثانى . وهو ما يحتمل الجواب والشتم ، فإن المقام ليس مقام شتم مادامت الحالة حالة رضا ، فيحمل اللفظ على أنه جواب لطلب الطلاق، فلا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل إذا ادعى أنه لم يرد به الطلاق .

أما ألفاظ النوع الثالث الذى يحتمل الجواب والرد؛ فإن الطلاق يتوقف فيها على النية لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض . وألفاظ هذا النوع تحتمل الإمرين ، فلا يترجح أحدهما على الآخر إلا بالنية ، فيصدق الرجل إذا قال : إنه لم يرد باللفظ الطلاق .

٣ ــ إذا كانت الحالة حالة غضب، ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوع الأول الذى لا يحتمل شتما ولا رفضا

للطلاق ، ولا يتوقف وقوعه عـــلى النية ، ولا يصدق الرجل فى دعوى إرادة شيء غير الطلاق .

أما فى النوعين الآخرين فيتوقف الطلاق على النية ؛ لأن المقام مقام غضب يصح أن ترد فيه ألفـاظ الشتم أو الرد . واللفظ يحتمل أحدهما ، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية . ويصدق الرجل إذا قال: إنى أردت الشتم أو رفض الطلاق .

٤ — وكذلك الحكم إذا جرت، فى حالة الغضب، مذاكرة الطلاق وطلبه ، فإنه يقع من غير توقف على النية فى النـوع الأول . ويتوقف عليها فى النوعين الآخرين ؛ لاحتمال إرادة الشتم أو الرد .

قال صاحب البدائع[1] : « ولا خلاف فى أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكناية إلا بالنية ؛ فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه . وهل يدين فى القضاء ؟ فالحال لا يخلو؛ إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما إن كانت حالة الغضب والخصومة؛ فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق؛ يدين، فى القضاء، فى جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ، ويصدق فى ذلك قضاء . وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله،أوحالة الغضب والخصومة: فقد قالوا : إن الكنايات أقسام ثلاثة: فى قسم منها لا يدين فى الحالين جميعا؛ لأنه ما أراد به الطلاق — لا فى حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، ولا فى حالة الغضب والخصومة — وفى قسم منها يدين فى حال الخصومة والغضب، ولا يدين فى حال ذكر الطلاق

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٩٠ ، ٩١ وبدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٦ .

وسؤاله . وفى قسم منها يدين فى الحالين جميعا .

أما القسم الأول ـ فخمسة ألفاظ : أمرك بيدك ، واختارى ، واعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة : لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره ، والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشتم والتبعيد ، كما تصلح للطلاق ، فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق ، ولكن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد ، فزال احتمال إرادة الشتم والتبعيد ، فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق ، فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال ، فثبتت إرادة الطلاق فى كلامه ظاهرا ، فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر ، كما فى صريح الطلاق إذا قال لامرأته : «أنت طالق» ثم قال : أردت به الطلاق عن الوثاق ، لا يصدق فى القضاء لما قلنا ، فكذا هذا .

أما القسم الثانى — فخمسة ألفاظ أيضا . «خلية» و «برية» و «بتة» و «بائن» و «حرام» لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم ؛ فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشتم : «أنت خلية من الخير ، وبريئة من الإسلام ، وبائن من الدين ، وبتة من المروءة ، وحرام أى مستخبث ، أو حرام الاجتماع والعشرة معك . وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق ، فبقى اللفظ ، فى نفسه ، محتملا للطلاق وغيره . فإذا عنى به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذبه ، فيصدق فى حال ذكر الطلاق لأن الحال لا يصلح الا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتبعيد ، والحال لا يصلح للشتم ، فيدل على إرادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت نية الطلاق بدلالة الحال . وروى عن أبى يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ الخمسة خمسة أخرى هى : لا سبيل لى عليك ، فارقتك ، وخليت سبيلك ، ولا ملك لى عليك ، وبنت منى ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق : فيقول الزوج : لا سبيل لى عليك لشرك ، وفارقتك فى المكان لكراهة اجتماعى معك ، وخليت سبيلك وما أنت عليه ، ولا ملك لى عليك ؛ لأنك أقل

من أتملكك، وبنت منى لأنك بائن من الدين او الخير. وحال الغضب يصلح لهما ، وحال ذكر الطلاق لايصلح إلا للطلاق، لما ذكرنا ، فالتحقت بالخمسة المتقدمة .

وأما القسم الثالث : فبقية الألفاظ التى ذكرناها ؛ لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشتم ، وتصلح للتبعيد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق . وكذا حال سؤال الطلاق ، فالحال لايدل على إرادة أحدهما[1] ؛ فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه ؛ والظاهر لا يخالفه فيصدق فى القضاء . وكذلك لو قال : وهبتك لأهلك، قبلوها ، أو لم يقبلوها؛ لأنها هنا تحتمل الطلاق، لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها ، ويحتمل التبعيد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح ، والحال لايدل على إرادة أحدهما، فبقى محتملا، سواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة فى الشرع لايقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم، فكان القبول شرط الحكم، وهو الملك، وأهلها لا يملكون طلاقها ، فلا حاجة إلى القبول . وكذا إذا قال : وهبتك لأبيك ، أولأمك ، أو للأزواج ؛ لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما، وتملكها الأزواج بعد الطلاق ؛ فإن قال : وهبتك لأخيك أو لأختك ، أو لخالتك ، أو لعمتك أو لفلان الأجنبى لم يكن طلاقاً ؛ لأن المرأة لاترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة .ولو قال لامرأته: لست لى بامرأة ، أو قال لها : ماأنا بزوجك ، أو سئل ؛ فقيل له : هل لك امرأة ؟ فقال : لا ؛ فإن قال : أردت الكذب ، يصدق فى الرضا والغضب جميعا ، ولا يقع الطلاق . وإن قال : نويت الطلاق، يقع الطلاق على قول أبى حنيفة ، وقال ، أبو يوسف ومحمد : لايقع الطلاق ، وأن نوى .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص١٠٧ وفتح القدير ج ٣ ص ٩١ ، ٩٢

المذهب المالكى

كنايات الطلاق

قسم المالكية كنايات الطلاق إلى قسمين :

أولا — كنايات ظاهرة .

ثانياً — كنايات محتملة (خفية) .

وقد مثل المالكية للكنايات الظاهرة بألفاظ ؛ منها : « بتة » و « حبلك على غاربك[1] » و« خليت سبيلك » .

أما القسم الثانى ؛ وهو الكنايات الخفية فمثلوا لألفاظه بقول الزوج لزوجته : « اذهبى » و « انصرفى » و « ادخلى الدار » ونحو ذلك من كل كناية خفية .

المذهب الشافعى

كنايات الطلاق :

قال الشافعية : الكناية هى مايحتمل الطلاق وغيره ، ولا يقع الطلاق بكناية إلا بنية لإيقاعه . والمراد بالنية فى الكناية أن يقصد الإيقاع ؛ وقال صاحب المغنى : لو أتى بكناية من كنايات الطلاق وضم إليها من الألفاظ مايدل على المراد كأنت بائن بينونة محرمة أولا تحلى لى أبدا ، لم تخرج عن كونها كناية .

---

(١) البت معناه القطع فكأن الزوج قطع العصمة التى بينه وبينها . ومعنى (حبلك على غاربك) أى عصمتك على كتفك ، كناية عن كونه لم تبق له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٠٧٩) و (حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج٢ ص ٥٦)

واستشكل بما ذكروه فى الوقف من أنه لو قال : تصدقت بكذا كان كناية ، فلو أضاف إليه لا يباع ولا يوهب ، فالأصح صراحته .

ألفاظ الكناية:

ذكر الشافعية من كنايات الطلاق قول الرجل لامرأته : « أنت خلية » أى خالية منى « أنت برية » و« أنت بتة » أى مقطوعة الوصلة ، مأخوذة من البت ، وهو القطع ، و« اعتدى » و« استبرى ‌ء رحمك » أى لأنى طلقتك ، و« الحقى بأهلك » سواء أكان لها أهل أو لا ، و « حبلك على غاربك » ، أى خليت سبيلك كما يخلى البعير فى الصحراء ، وزمامه على غاربه ، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى ؛ كيف شاء ، و « لا أنده سربك[1] » من النده ، وهو الزجر : أى لا أهتم بشأنك ؛ لأنى طلقتك ، و « اغربى » أى تباعدى عنى ، و « اغربى » أى صيرى غريبة بلا زوج ، « دعينى » أى اتركينى ، لأنى طلقتك ، « ودعينى » بتشديد الدال المكسورة من الوداع ، فواوه أصلية لا عاطفة : ى لأنى طلقتك ، و« لا حاجة لى فيك » أى لأنى طلقتك ، و« ذوقى » أى ذوقى مرارة الفراق ، و « تزودى » اى استعدى للحوق بأهلك ، و« تقنعى » ، و « استترى » أى لأنى طلقتك فأنت محرمة على فلا تحل لى رؤيتك[2] و« ابعدى » و« اذهبى » : و« تجرعى » و « أعتقتك » و« لا ملك لى عليك » .

أنت مطلقة : وأطلقتك

وقال الشافعية : إن كلا من أطلقتك وأنت مطلقة ، بسكون الطاء ، كناية ؛ لعدم اشتهاره فى معنى الطلاق[3] .

---

(١) السرب بفتح السين وسكون الراء المهملتين : الإبل وما يرعى من المال : أما بكسر السين فالجماعة من الظباء والبقر . ويجوز كسر السين هنا .

(٢) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ ص ٢٨١

(٣) المصدر السابق .

الحرام يلزمنى ، وعلى الحرام :

واختلف فى قول الزوج لزوجته «الحرام يلزمنى» و «حلال الله على حرام» و «على الحرام» هل إذا اشتهر استعمالها للطلاق يكون من صريح الطلاق أو من كناياته؟ فيرى صاحب المنهاج أن الأصح المنصوص عليه ـ وعليه الأكثرون ـ أن هذه الألفاظ كناية مطلقاً ؛ لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به ، وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك . بينما يرى غيره أن هذه العبارات تكون عند من اشتهر عندهم استعمالها للطلاق من قبيل صريح الطلاق ، كما قاله الرافعى ، تبعاً للمراوزة ؛ لغلبة الاستعمال ، وحصول التفاهم عندهم .

أما عند من لم يشتهر عندهم استعمال هذه العبارات للطلاق فهى من قبيل الكناية فى حقهم بالاتفاق .

على الطلاق :

قال صاحب المغنى : لو قال الرجل لزوجته « على الطلاق » فهو كناية . وقال الصيمرى : إنه صريح . وهو ، كما قال شيخنا ، أوجه . بل قال الزركشى وغيره : إنه الحق فى هذا الزمن ؛ لاشتهاره فى معنى التطليق ؛ فقول ابن الصلاح فى فتاويه : إنه لا يقع به شىء ، محمول على أنه لم يشتهر فى زمنه ، ولم ينو به الطلاق[1].

مدى صلاحية الصريح لأن يكون كناية :

قال الشافعية ـ تفريعاً على قاعدتهم المشهورة : « ما كان صريحاً فى بابه ، ووجد نفاذا فى موضوعه ، لا يكون كناية فى غيره » ـ لو قال الرجل لزوجته :

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ١٨١ .

« أنت على كظهر أمى » ونوى الطلاق ، أو قال لها : « أنت طالق » ونوى الظهار ، لم يقع مانواه بل يقع مقتضى الصريح ؛ لأن تنفيذ كل منهما فى موضوعه ممكن[1] .

وقد استثنى الشافعية من القاعدة السابقة مسائل؛ منها : مالو قال الرجل لزوجته : «فسخت نكاحك» ، وهو متمكن من الفسخ بعيبها ، ونوى الطلاق بهذا القول فقد قال الشافعية إنه طلاق ، مع أن الفسخ صريح فى رفع نكاح المعيبة بحيث تبين به من غير طلاق فقد وجد نفاذاً فى موضوعه ، وهو كناية فى الطلاق ومنها : مالو أسلم على أكثر من أربع ؛ فقال لإحداهن: فارقتك فإنه فسخ وإن كان لفظه صريحاً فى الطلاق. ومنها مالو قال لزوجته : « أنت على حرام كظهر أمى »فالمجموع كناية فى الطلاق ، مع أنه إذا أطلق كان ظهارا .

مسألة خلافيـة

اختلف فقهاء الشافعية فى الأثر الناتج عن قول الرجل لامرأته : « أنت على حرام ، أو حرمتك » ونوى بذلك الطلاق والظهار معاً أو متعاقبين كأن أراد أحدهما فى أول الكلام والآخر فى آخره ؛ فقال بعضهم : تخير الزوج وثبت ما اختاره منهما ، ولا يثبتان جميعا ؛ لأن الطلاق يزيل النكاح ، والظهار يستدعى بقاءه . وقيل: الواقع ؛فى هذه الحالة، طلاق، لأنه أقوى لإزالته الملك. وقيل:هذه العبارة لا يثبت بها، فى هذه الحالة، سوى الظهار؛ لأن الأصل بقاء النكاح . أما لو نوى بقوله لها : « أنت على حرام أو حرمتك» تحريم عينها أو فرجها أو وطئها؛ قال الماوردى:أو رأسها،فلا تحرم عليه، وإن كره له ذلك وعليه مثل كفارة يمين؛ لما روى النسائى «أن رجلا سأل ابن عباس ، رضى الله عنهما ، قال : إنى جعلت امرأتى على حراما » فقال : كذبت ليست بحرام عليك ، ثم قرأ قوله تعالى . « يأيها النبى لم تحرم

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج حـ ٣ ص ٢٨٢

ما أحل الله لك» ... الآية . ووجوب مثل كفارة اليمين عليه لا يتوقف على الوطء، كما لو قال ذلك لأمته؛ فقد أوجب الله سبحانه وتعالى تحلة اليمين بأداء كفارة ككفارة اليمين، وذلك فى قوله تعالى: «يأيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ... إلى قوله تعالى: «قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم» .

قال المفسرون . نزلت هذه الآيات فى قصة مارية، لما قال الرسول، صلى الله عليه وسلم، لها: «هى على حرام» ولا يقال: إن قوله: «هى على حرام» يمين؛ لأن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى ، أو صفة من صفاته. لكن وجب على من تلفظ بهذه العبارة أداء مثل كفارة يمين؛ أخذاً من قصة مارية السابق ذكرها.

وللشافعية رأيان فيما لو قال الرجل لامرأته: «أنت على حرام» ولم ينو شيئاً ؛(أحدهما): أن امرأته لا تحرم عليه، وعليه مثل كفارة يمين (والثانى): أن هذا القول لغو فلا كفارة عليه فيه . ومثل هذا أيضاً لو قال السيد لأمته : «أنت على حرام» ونوى تحريم عينها . وكذا إذا لم ينو شيئاً؛ فالحكم فى هاتين الحالتين كالزوجه فيما مر فلا تحرم عليه بذلك ، ويلزمه كفارة يمين قطعاً فى الأولى ، وعلى الأظهر فى الثانية[1]

شرط النية فى الكناية

قال الشافعية : وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ كما فى المحرر وجرى عليه البلقينى ، فلو قارنت أوله وعزبت قبل آخره لم يقع طلاق . وقيل : يكفى اقترانها بأوله فقط، وينسحب ما بعده عليه ، ورجحه الرافعى فى الشرح الصغير ، ونقل فى الشرح الكبير ترجيحه عن الإمام وغيره .

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٨٣

وصوبه الزركشي. والذى رجحه ابن المقرى، وهوالمعتمد، أنه يكفى اقترانها ببعض اللفظ ، سواء كان من أوله أو وسطه، أو آخره : لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها[١] .

كناية الأخرس

قال صاحب المنهاج : إشارة الأخرس ، إن فهم منها الطلاق كل أحد رآها منه، تعتبر من قبيل صريح الطلاق، فلا تحتاج إلى نية، كأن قيل له : كم طلقت زوجتك؟فيشير بأصابعه الثلاث . أما إذا اختص بفهم طلاقه بإشارته أهل الفطنة والذكاء فقط ،فكناية، يحتاج وقوع الطلاق بها إلى النية[٢] .

المذهب الحنبلى

أقسام الكناية :

قسم الحنابلة : كنايات الطلاق إلى أقسام ثلاثه، هى :

أولا : كنايات ظاهرة .

ثانيا : كنايات خفية .

ثالثا : كنايات مختلف فيها .

الكنايات الظاهرة :

أما الكنايات الظاهرة فستة ألفاظ؛ هى : خلية ، وبرية ، وبائن ، وبتة وبتلة ، وأمرك بيدك .

الكنايات الخفية :

وأما الكنايات الخفية فنحو أخرجى، واذهبى، وذوقى، وتجرعى، وأنت

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٨٤ وأسنى المطالب شرح روض الطالب للفقيه الشيخ زكريا الأنصارى جـ ٣ ص ٢٧١ .

(٢) المصدر السابق .

مخلاة ، واختاري ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى، ما ذكر من ألفاظ الكنايات الظاهرة ، وما سنذكره من ألفاظ الكنايات المختلف فيها .

الكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها فهي على ضربين ؛ الأول : منصوص عليها، وهي عشرة: « الحقي بأهلك » و «حبلك على غاربك » و « لا سبيل لي عليك» و « أنت على حرج » و « أنت على حرام » و « اذهبي فتزوجي من شئت » و « غطى شعرك » و « أنت حرة » و « قد اعتقتك » .

(والضرب الثاني) مقيس على هذه وهي : « استبرئي رحمك» و « حللت للأزواج » و « تقنعي » و « لا سلطان لي عليك » فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها[١] .

لا بد من النية في كنايات الطلاق :

الأصل أن كنايات الطلاق لا يقع بها الطلاق الا بنية الطلاق أو باتيان المطلق مايقوم مقام نيته في إيقاع الطلاق[٢] . كما إذا أتى الزوج بكناية من كنايات الطلاق في حال الغضب أو حال سؤال الطلاق ، وذكر هذه الحالة صاحب المختصر[١] فقال :« وإذا قال لها في الغضب. أنت حرة، أو لطمها ، فقال: هذا طلاقك، فقد وقع الطلاق، وشرح صاحب المغني بالتفصيل الحكم فيما إذا أتى بالكناية[٣] في حال الغضب فقال :

(١ ، ٢) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٧٧ ، ٢٧٦ . والشرح الكبير على هامشه ص ٢٩٣ .

(٢) صاحب المختصر هو الامام أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ .

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

إذا أتى بالكناية فى حال الغضب فذكر الخرقى فى هذا الموضع أنه يقع الطلاق[1] . وذكر القاضى وأبو بكر وأبو الخطاب فى ذلك روايتين .

(إحداهما) يقع الطلاق ، قال فى رواية الميمونى : إذا قال لزوجته «أنت حرة لوجه الله» فى الرضاء لا فى الغضب فأخشى أن يكون طلاقا .

(والرواية الأخرى): ليس بطلاق. وهو قول أبى حنيفة والشافعى، إلا أن أباحنيفة يقول فى اعتدى، واختارى، وأمرك بيدك، كقولنا فى الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح فى الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ؛ ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ولا يحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل فى غير الفرقة إلا نادرا نحو قوله « أنت حرة لوجه الله »، و « اعتدى » و « استبرئى » و« حبلك على غاربك» و « أنت بائن » ، وأشباه ذلك فإنه يقع فى حال الغضب، وجواب سؤال الطلاق من غير نية ، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو ، اذهبى وأخرجى وروحى، وتقنعى، لا يقع الطلاق به إلا بنية . . ومذهب ابى حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقى فى الوقوع إنما ورد فى قوله أنت حرة، وهو مما لا يستعمله الإنسان فى حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق . ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية؛ لأن ما كثر استعماله والتكلم به بخلاف مالم تجر العادة بذكره ، فإنه لما قل استعماله فى غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو فى حال الغضب قوى الظن فصار ظنا غالبا .

وجه رواية من قال بوقوع الطلاق :

أما من قال بوقوع الطلاق بقول الرجل لامرأته ، حال الغضب : «أنت

(١) المراد بقوله فى هذا الموضع أى فى قول الرجل لزوجته حال غضبه « أنت حرة لوجه الله تعالى » والله أعلم بالصواب .

حرة لوجه الله تعالى ، فهو أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال، فإن من قال لرجل : ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وإن قاله له فى حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما ، ولو قال : إنه لا يغدر بذمة ، ولا يظلم حبة خردل ، وما أحد أوفى ذمة منه فى حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :

فما حملت من ناقة فوق رحلها   أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله فى حال الذم كان هجاء قبيحا كقول النجاشى :

قبيلة لا يغدرون بذمة   ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر :

كأن ربى لم يخلق لخشيته   سواهم من جميع الناس إنسانا

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكى عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح، ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه. وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يجز قتله ، ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل . والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه[1] .

وإن أتى بالكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فى ما إذا أتى بها فى حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل . والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه، إلا أن المنصوص عن أحمد، ههنا، أنه لا يصدق فى عدم النية، قال فى رواية ابى الحارث: إذا قال: لم انوه ، صدق فى ذلك، اذا لم تكن سألته الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه فى حال الغضب، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال. فلو قال :

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص٢٧٥ والشرح الكبير على هامش المغنى جـ٨ ص٢٩٥

لى عندك دينار فقال: نعم، أو صدقت، كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار. ولو قال: زوجتك ابنتى، أو بعتك ثوبى هذا؛ فقال: قبلت . صح، وكفى . ولم يحتج إلى زيادة عليه[1].

إرادة غير الطلاق بالكناية

ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق ؛ لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى . وإذا ادعى ذلك دين. لكنه هل يصدق قضاء أو لا ؟.. الظاهر من كلام أحمد فى رواية أبى الحارث، أنه يصدق إن كان فى الغضب ، ولا يصدق إن كان جواباً لسؤالها الطلاق . ونقل عنه فى موضع آخر : أنه إذا قال : أنت خلية ، أو برية ، أو بائن، ولم يكن بينهما ذكر الطلاق، ولا غضب، صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما . وقال صاحب المغنى : والصحيح أنه يصدق؛ لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا : لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : قد طلقت ثلاثاً . فزوجوه ثم أمسك امرأته؛ فقالوا : ألم تقل إنك طلقت ثلاثاً ؟ قال ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ثم طلقتها، ثم تزوجت فلانة وطلقتها، ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقال: «له نيته»؛ ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه؛ فقبل قوله فيما يحتمله[2]. كما لو كرر لفظاً وقال: أردت التوكيد .

تأثير النية فى عدد الطلقات

قال الإمام الخرقى فى مختصره : قال أبو عبدالله : «وإذا قال لها أنت خلية أو أنت برية، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقى بأهلك، فهو، عندى، ثلاث ولكنى أكره أن أفتى به، سواء دخل بها أو لم يدخل بها» .

(١، ٢) المصدر السابق ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .

وقال صاحب المغنى : أكثر الروايات عن أبى عبدالله : كراهية الفتيا فى هذه الكنايات مع ميله إلى أنهما ثلاث . وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين :

إحداهما . أنها ثلاث .

والثانية — أنه يرجع إلى ما نواه . واختار هذه الرواية أبو الخطاب[1]. وهو مذهب الشافعى ؛ قال : يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعى ، إلا أنه قال : يقع طلقة بائنة ؛ لأن لفظه يقتضى البينونة ولا يقتضى عددا . وروى حنبل عن احمد ما يدل على هذا، فإنه قال : يزيدها من مهرها إن أرادت رجعتها . ولو وقع ثلاثاً لم يبح له رجعتها . ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة فى مهرها .

الدليل

احتج للرواية القائلة بأن الطلاق يقع ثلاثاً فيما لو قال الرجل لامرأته: أنت خلية أو أنت بريئة، أو أنت بائن (وهى الرواية الراجحة فى المذهب) بما روى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال: إن ظئرى هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة؟ فقالا : لا ، ولكنا تركنا ابن عباس وأباهريرة عند عائشة فسلهم، ثم ارجع إلينا فأخبرنا، فسألهم، فقال أبو هريرة : لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقال ابن عباس : هى ثلاث . وذكر عن عائشة متابعتهما .

وروى النجاد بإسناده أن عمر، رضى الله عنه، جعل البتة واحدة، ثم جعلها، بعد ، ثلاث تطليقات .

وهذه أقوال علماء الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم، فكان إجماعاً ، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضى البينونة فوجب الحكم بطلاق

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٧١ .

تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث. واقتضاؤه للبينونة ظاهر فى قوله : أنت بائن، وكذا فى قوله : البتة ؛ لأن البت القطع، فكأنه قطع النكاح كله؛ ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث، كما قالت امرأة رفاعة: إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى. وبتله هو من القطع أيضاً، ولذلك قيل فى مريم: البتول لانقطاعها عن النكاح. ونهى النبى، صلى الله عليه وسلم، عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية . وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى واعتبره الشارع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدى معناه . ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث[1] ، فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه . ولا يمكن إيقاع واحدة بائن؛ لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق، فكذلك بكناياته. ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها؛ لأن الصحابة لم يفرقوا ، ولأن كل لفظة أوجبت الثلاث فى المدخول بها اوجبتها فى غيرها كقوله : « انت طالق ثلاثا » .

الرد على من يخالف هذا الرأى

وناقش المؤيدون للرأى القائل بوقوع الثلاث بألفاظ الكناية الظاهرة متى نوى بها الطلاق ولو نوى واحدة أدلة مخالفيهم فقالوا :

إن حديث ركانة بن عبد العزيز الذى فيه أنه طلق امرأته «سهيمة» البتة. ثم أخبر النبى : صلى الله عليه وسلم، بذلك وقال :والله ما أردت إلا واحدة ؛ فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ « فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان ، إن هذا الحديث ضعف إسناده أحمد فلذلك تركه .

---

(١) المصدر السابق ص ٢٧٣ ـ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ٨ ص ٢٩٦ .

أما ماروى من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون: «الحقى بأهلك»، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلق ثلاثا، بل لقد نهى عن ذلك، صلوات الله وسلامه عليه: فقد ناقش الحنابلة هذه الرواية قائلين: إن هذه الرواية لادلالة فيها على أن هذه اللفظة «الحقى بأهلك» لاتقتضى الثلاث.

أما القول بأن الكناية مع النية كالصريح. والصريح لا يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة؛ كقوله: «انت طالق» فهذا لا يفيد؛ لأنه مع التسليم بأن الكنايات مع النية كالصريح إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث تحصل بها البينونة وإلى مادونها مما لا تحصل به البينونة، فكذلك الكناية تنقسم، فمنها مايقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو الكناية الظاهرة. ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ماعداها(١)

تنبيـه :

ظاهر كلام احمد والخرقى، كما قال القاضى، أن الطلاق يقع بهذه الكنايات الظاهرة السابق ذكرها وهى (أنت برية – وأنت بائن – وأنت خلية – وحبلك على غاربك) من غير نية كقول مالك: لأنه اشتهر استعمالها فى الطلاق فلم تحتج إلى نية كالصريح. ومفهوم كلام الخرقى أن الطلاق لا يقع إلا بنية؛ فقد قال، «وإن أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه» فمفهوم هذا الكلام أن غير الصريح لا يقع إلا بالنية، ولأن هذه العبارات من كنايات الطلاق فلا يثبت حكمها وهو الطلاق بغير نية كسائر الكنايات(٢)

توضيح وتلخيص لما تقدم :

يرى الحنابلة إن الكنايات ثلاثة أقسام :

١ – كنايات ظاهرة – ٢ – وكنايات خفية – ٣ – وكنايات مختلف فيها.

(١، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص ٢٧٣، ٢٧٤ —

فإذا ما أتى المطلق بلفظ من ألفاظ الكنايات المذكورة فالحكم بالنسبة لعدد الطلقات الواقعة بها يختلف فى كل نوع حسب التفصيل الآتى :

أولا بالنسبة للكنايات الظاهرة

قال الحنابلة: لو قال الرجل لامرأته «أنت بائن» أو «أنت بتة» أو «بتلة» أو خلية أو برية أو أمرك بيدك، فالحكم فى عدد الطلاق الواقع بها هو وقوع الثلاث، سواء دخل بها أو لم يدخل وسواء نوى ثلاثا أو واحدة، متى نوى بالكناية الطلاق. وهذا هو الراجح والظاهر فى المذهب، وروى حنبل عن أحمد ما يفيد انه قال بوقوع طلقة[1] بائنة فى هذه الحالة. كما نقل عن احمد، رحمه الله ايضا، مايفيد انه قال يرجع إلى مانواه واختار الخطاب هذه الرواية. وقد بينا فيما سبق أدلة كل رأى فيرجع إليه.

ثانياً — بالنسبة للكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها فى النوع الأول منها، وهى الكنايات المنصوص عليها، وهى : الحق بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لى عليك، وأنت علىّ حَرج، وأنت على حرام، واذهبى فتزوجى من شئت، وغطى شعرك، وأنت حرة، وقد اعتقتك، فهذه عن احمد فيها روايتان :

الأول — انه يقع بها ثلاث طلقات كالكنايات الظاهرة تماما . .

الثانية — أنه يرجع إلى مانواه؛ فإن نوى الطلاق الثلاث فثلاث، وإن نوى ثنتين فثنتان، وان نوى واحدة أو لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات.

أما النوع الثانى من الكنايات المختلف فيها، وهى المقيسة على الكنايات المنصوص عليها، مثل استبرئى رحمك، وحللت للأزواج، وتقنعى، ولا سلطان لى عليك، فهذه فى معنى المنصوص عليها، فيكون حكمها حكمها.

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٧٤ — ٢٧٦ — والشرح الكبير على هامش المغنى ج ٨ ص ٢٩٦ .

والصحيح فى قول الرجل لامرأته(١) : «الحقى بأهلك» أنه يقع طلقة واحدة ولا يقع بها الثلاث إلا بنية ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون: «الحقى بأهلك» متفق عليه ، ولم يكن النبي، صلى الله عليه وسلم ، ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله: إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لإبنة الجون : «الحقى بأهلك» ولم يكن طلاقا غير هذا ، ولم يكن النبي، صلى الله عليه وسلم، ليطلق ثلاثا، فيكون غير طلاق السنة، فقال : لا أدرى . كذلك قول الرجل لامرأته: «اعتدى أو استبرئى رحمك» لا يختص بالثلاث، فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث. وقد روى ابو هريرة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه قال لسودة ابنة زمعة: «اعتدى» فجعلها تطليقة . وروى هشيم: أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الأسدى طلق امرأته تطليقتين، ثم قال: هى على حرج. وكتب فى ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال: أما إنها ليست بأهونهن .

قال صاحب المغنى : «وأما سائر اللفظات(٢) فإن قلنا هى ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة، فإن قوله: «لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك» إنما يكون فى المبتوتة ، أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان . وقوله: «أنت حرة» أو «أعتقتك» يقتضى ذهاب الرق عنها وخلوصها منه ، والرق ههنا النكاح. وقوله. «أنت حرام» يقتضى بينونتها منه ؛ لأن الرجعية غير محرمة. وكذلك «حللت للأزواج» أى بعد انقضاء عدتك؛ إذ لا يمكن حلها قبل ذلك، والواحدة تحلها. وكذلك انكحى من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها(٣) » .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٧٤ — ٢٧٥ — ٢٧٦ — والشرح الكبير على هامش المغنى جـ٨ ص ٢٩٦

(٢) يقصد صاحب المغنى بقوله : « وأما سائر اللفظات » أى سائر اللفظات المختلف فيها هل هى من الكنايات الظاهرة أو لا ؟ وهى: « حبلك على غاربك » و« لا سبيل له عليك » و « اذهبى فتزوجى من شئت » الى آخر هذه الألفاظ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٦ .

ثانياً : بالنسبة للكنايات الخفية

أما بالنسبة للكنايات الخفية نحو أخرجى، واذهبى ، وذوقى ، وتجرعى، وأنت مخلاة ، واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره، فهذه يقع بها الطلاق الثلاث إن نوى ثلاثاً ، واثنتان إن نواهما ، وواحدة إن نواها، أو أطلق . قال أحمد : ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر ، وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل: « حبلك على غاربك » إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على مانوى ومثل : « لاسبيل لى عليك » . وإذا نص فى هاتين على أنه يرجع إلى نيته ، فكذلك سائر الكنايات[1] .

الظاهرية

لا يقع الطلاق بالكناية

بين ابن حزم أن ما عدا ألفاظ الطلاق، أو السراح، أو الفراق لا يقع به الطلاق، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق، مطلقة، أو قد طلقتك، أو أنت طالقة ،أو أنت الطلاق، أو أنت مسرحة،أو قد سرحتك،أو أنت السراح ، أو قد فارقتك ، أو أنت الفراق ، ونوى بذلك الطلاق وقع الطلاق . ولا يقع طلاق بما عدا واحد من الألفاظ الثلاثة السابقة، نوى بها طلاقا أو لم ينو . لا فى الفتيا ولا فى القضاء ؛ فلا يقع الطلاق بقول الرجل لامرأته : « أنت خلية » أو « برية » أو « أنت مبرأة » أو « قد بارأتك » أو « حبلك على غاربك » أو « وهبتك لأهلك » . ثم قال ابن حزم : إن بعض هذه الكنايات نقل عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، أنه قالها. فقد ورد أنه، صلى الله عليه وسلم، لما أدخلت عليه ابنة الجون ودنا منها، قالت له: أعوذ بالله منك فقال لها رسول

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص٢٧٧

الله،صلى الله عليه وسلم : لقد عذت بعظيم ... «إلحق بأهلك» . وهذا الخبر لا حجة فيه لمن ادعى أنه إذا قال الرجل لامرأته « الحق بأهلك » تطلق زوجته . وذلك لأن ابنة الجون لم تكن زوجة لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم، وقت أن قال لها: « الحق بأهلك » فقد ورد من طريق البخارى عن حمزة بن أبى أسيد عن ابيه أنه كان مع رسول الله، صلى الله عليه وسلم، وقد أوتى بالجونية ، فأنزلت فى بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل فى نخل ومعها دايتها فدخل،عليه الصلاة والسلام. عليها فقال لها: هبى لى نفسك قالت: وهل تهب الملكة نفسها لسوقة ؟ فأهوى ليضع يده عليها لتسكن ، فقالت : أعوذ بالله منك ؛ فقال قد عذت بمعاذ ، ثم خرج ، فقال : « يا أبا أسيد اكسها رازقيتين[1] وألحقها بأهلها . - كما روى من طريق مسلم: حدثنى سهل اخبرنا ابن ابى مريم هو سعيد - اخبرنا محمد - هو ابن مطرف أبو غسان - اخبرنى أبو حازم عن سهل بن سعد قال : ذكرت لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، امرأة من العرب فأمر أبا اسيد أن يرسل اليها ، فأرسل إليها فقدمت فى أجم[2] بنى ساعدة ، فدخل رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلما كلمها قالت : أعوذ بالله منك، قال : « قد أعذتك منى» فقالوا لها أتدرين من من هذا ، قالت : لا ؛ قالوا : هذا رسول الله ،صلى الله عليه وسلم، جاءك ليخطبك ، قالت : أنا كنت أشقى من ذلك .

فهذه كلها أخبار عن قصة واحدة فى امرأة واحدة فى مقام واحد، فلاح أنه، عليه الصلاة والسلام، لم يكن تزوجها بعد، وإنما دخل عليها ليخطبها،وبذلك بطل تعلق من ادعى وقوع الطلاق بالكناية استنادا إلى قوله، صلى الله عليه وسلم، لابنة الجون «الحق بأهلك».ثم لو صح أنه،عليه الصلاة والسلام، كان قد تزوجها، فليس فيه أنه، عليه الصلاة والسلام ، ذكر أنه إنما طلقها بقوله

---

(١) تثنية رازقية وهى ثياب كتان أبيض (٢) أجم بضمتين جمعها آجام وهى الحصون

« الحق بأهلك » ولا تحل النكاحات الصحاح إلا بيقين . وقد نقل ان عبد الرحمن بن كعب قال : سمعت كعب بن مالك يحدث حديث تخلفه عن تبوك فذكر فيه أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أرسل إليه يأمره ان يعتزل امرأته، قال: فقلت لرسوله: أطلقها أم ماذا أفعل؟ قال: لا، بل اعتزلها، فلا تقربها، قال كعب: فقلت لامرأتي: «الحق بأهلك فكوني فيهم حتى يقضى الله فى هذا الامر ، فهذا كعب لم ير « إلحق بأهلك » من ألفاظ الطلاق ، ولا يعرف له مخالف فى ذلك من الصحابة رضى الله عنهم : كما روى عن قتادة، رضى الله عنه، قال: « ليس ذلك شيء »[1] .

أما الاحتجاج على وقوع الطلاق البائن بقول الرجل لامرأته «أنت بائن» بالخبر الثابت من طريق أحمد بن شعيب أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن ابى بكر ابن ابى الجهم قال: دخلت على فاطمة بنت قيس ، فذكرت الحديث ، وفى آخره . وكان زوجها طلقها طلاقا بائنا . فهذا الخبر لا حجة فيه ، لأنه ليس من لفظها ، إنما هو من لفظ من دونها. وليس فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع هذه اللفظة فجعلها طلاقا،

ولا حجة فيمن دونه، عليه الصلاة والسلام ، قال ابن حزم : وقد ذكرنا فى باب طلاق الثلاث مجموعة كيف كان طلاق فاطمة بنت قيس. واختلف عن السلف فى ذلك ، فصح ما رويناه عن شعبة : حدثنا عطاء بن السائب حدثنى أبو البحترى عن على بن أبى طالب أنه قال ، فى البائنة ، هى ثلاث . ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن الحسن والزهرى أنهما كانا يجعلان البائنة بمنزلة الثلاث » ...

وقوع الثلاث بألفاظ الكناية :

بعد أن ذكر ابن حزم عدة روايات احتج بها من عداه على وقوع الطلاق

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٧ — ١٨٩

البائن والثلاث بألفاظ الكناية — ذكر الخبر الذى يراه صحيحاً ويحتج به دون غيره فى أمر طلاق فاطمة بنت قيس، ورواه بعدة أسانيد؛ مرة عن طريق مسلم، ومرة عن طريق احمد بن شعيب فقال: وأما البات والبتة فروينا من طريق مسلم: حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبرى أخبرنا أبو شعبة حدثنى أبو بكر — هو ابن أبى الجهم — أنه دخل على فاطمة بنت قيس فحدثته أن زوجها طلقها طلاقاً باتا.

ومن طريق مسلم أيضاً حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة حدثنا محمد بن بشر حدثنا محمد بن عمرو حدثنا أبو سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس قالت: كنت عند رجل من بنى مخزوم فطلقنى البتة، وذكرت الحديث.

وعن طريق مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطت (وفى رواية فسخطته) فقال: والله مالك علينا من شىء، فجاءت رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال لها: «ليس لك عليه نفقة»، وذكرت الحديث.

ومن طريق مسلم حدثنا عمرو الناقد: حدثنا سفيان الزهرى، عن عروة عن عائشة أم المؤمنين، قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبى، صلى الله عليه وسلم، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير؛ وإن مامعه مثل هدبة الثوب، فقال عليه الصلاة والسلام: «أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا .. حتى تذوقى عسيلته، ويذوق عسيلتك».

كذلك روى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته «سهيمة» البتة، فأخبر رسول الله، صلى الله عليه وسلم، بذلك وقال: والله ماأردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم.

وروى عن طريق أبى داود حدثنا سليمان بن داود العتكى: حدثنا

جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد هو الهاشمى عن جده ، أنه طلق امرأته البتة، فأتى رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فقال: ما أردت؟ قال : واحدة ، قال: آلله؟ قال: آلله . قال، عليه الصلاة والسلام : هو على ماأردت » .

أما ماروى فى هذا الموضوع عمن دونه، صلوات الله وسلامه عليه، فمن ذلك مانسب إلى على بن أبى طالب أنه قال فى البتة، هى ثلاث . كما روى عن عمر بن الخطاب، منقطعاً، مثل ما تقدم. وروى عنه قول ثان : فقد روى من طريق شعبة عن اسحاق الشيبانى عن عبد الله بن شداد بن الهادى عن عمر بن الخطاب انه قال : البتة واحدة وهو أحق بها .

وروى من طريق عبد الرزاق حدثنا ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أخبرنى محمد بن عباد بن جعفر المخزومى أن المطلب بن حنطب جاء إلى عمر ابن الخطاب فقال له : إنى قلت لامرأتى « أنت طالق البتة » فتلا عمر : « يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » ثم تلا : « ولو أنهم فعلوا مايوعظون به لكان خيراً لهم » الواحدة تبت. إرجع إلى أهلك[1] .

مناقشة ابن حزم أقوال جمهور الفقهاء

قال ابن حزم بعد أن سرد ماتقدم من أدلة : وقد قلنا، ونقول: لا حجة فى قول أحد دون رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، لا سيما فى أقوال مختلفة لا برهان على صحه شيء منها ، فلم يبق إلا الآثار عن النبي، صلى الله عليه وسلم؛ فأما التى من طريق فاطمة فقد بينا ،قبل،أنه قد صح أن طلاق زوجها لها كان ثلاثا ...هكذا أو آخر ثلاث،ومفاد ذلك ان يفهم قول من قال فى خبرها « البتــة » أو « بت طلاقها » أنه إنما عنى من عند نفسه آخر ثلاث

(١) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ١٩٠، ١٩١ مسألة ١٩٥٨

طاقات . وبذلك لا يكون فى هذا الخبر حجة لمن تعلق به فى إثبات وقوع الطلاق بلفظ الكناية لا ثلاثا ولا واحدة .

وأما حديث امرأة رفاعة فكذلك أيضاً . يؤيد ذلك مارواه عبد الرازق عن عمر عن الزهيرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته فجاءت إلى النبى، صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقها آخر ثلاث تطليقات وذكرت الخبر ففسر عبد الرازق عن معمر ماأجمله غيره .

أما خبر ركانة بن عبد العزيز فقد ورد من طريق عبد الله بن يزيد عن نافع عن عجير وكلاهما مجهول ، فلا حجة فيه .

أما حديث الزبير بن سعيد فهو ضعيف والزبير متروك الحديث فبطل التعلق به .

والخلاصة :

قال ابن حزم : ومما تقدم يتضح أنه لا صحة لدليل يحتج به على وقوع الطلاق بالكناية لا ثلاثا ولا واحدة . ولا يحل تحريم فرج على من أباحه الله عز وجل له، وأباحته لمن حرمه الله عليه، بغير قرآن ولا سنة، لاسيما قول مالك وأبى حنيفة، فلا يعرف احد قال بهما قبلهما .

الطلاق بلفظ اعتدى

قال ابن حزم : واما « اعتدى » فإن بعض من لا يبالى بنصر ضلاله ، بأن يورد الكذب المفترى على رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قد ادعى أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، قال لسودة أم المؤمنين « اعتدى » فكان طلاقاً، ثم راجعها ،

وهذا كذب موضوع، فما صح، قط، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، طلق إمرأة من نسائه إلا حفصة، فقط، ثم راجعها. وأما سودة، فلا. إنما جاء فيها أنها وهبت يومها وليلتها لما أسنت لعائشة رضى الله عنها، وجاء أنه، عليه الصلاة والسلام، أراد فراقها، فلما رغبت إليه عليه الصلاة والسلام فى إمساكها، وتجعل يومها وليلتها لعائشة لم يفارقها. وأما مانقل عن بعض الصحابة وغيرهم من أقوال تفيد وقوع الطلاق بها كالذى روى عن ابن مسعود من أنه قال: إنها طلقة، وروى هذا أيضاً عن إبراهيم ومكحول والأوزاعى، كما روى عن الشعبي هى واحدة، نوى ثلاثاً أو أقل، فهذه شرائع لا تقبل من أحد إلا من رسول الله، صلى الله عليه وسلم، عن الله تعالى، الذى لا يسأل عما يفعل. وأما من دونه فهى ضلالات ووساوس وتلاعب ونعوذ بالله تعالى من الخذلان.

بقية ألفاظ الكناية

قال ابن حزم: أما الألفاظ التى فيها آثار عن الصحابة رضى الله عنهم لا عن النبي، صلى الله عليه وسلم[1]، فهى الخلية. وقد خلوت منى، والبرية، وقد بارأتك، وأنت مبرأة، وحبلك على غاربك، والحرج، والتخيير، والتمليك، وقد وهبتك. فأما التحريم والتخيير والتمليك وقد وهبتك فقد ذكرناها ونذكر البواقى ها هنا إن شاء الله تعالى. ثم أفاض ابن حزم فى بيان الآثار الواردة فى وقوع الطلاق بهذه الألفاظ. وانتهى إلى رأيه القائل بعدم وقوع الطلاق بها، قائلا: إنه لا يحل تحريم فرج محلل بحكم الله عزوجل وتحليل فرج محرم بحكمه تعالى بغير نص. وهذه الألفاظ لا نص فى وقوع الطلاق بها من قرآن أو سنة وما ورد بخصوص هذه الكنايات هو عن غير رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلا حجة فيه؛ لأنه لا حجة فى أحد

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ١٩٢، ١٩٣

دون رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما «حبلك على غاربك» فما ورد فيها هو أن عمر كتب أن يجلب إلى مكة رجل من العراق قال لإمرأته: حبلك على غاربك. فأحلفه عند الكعبة ماذا أراد، فقال: أردت الفراق. فقال عمر: فهو ما أردت، فجمع هذا الحكم ثلاثة أوجه، أحدها التحليف، والثاني الاستجلاب فيه من العراق إلى مكة، والثالث أنه على مانوى. وهذا أيضاً لاحجة فيه إذ لا يعتبر فعل عمر نصاً تشريعيا؛ لأنه لاحجة فى أحد دون رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلا طلاق إلا ما كان بلفظ الطلاق أو ما سماه الله عز وجل طلاقاً. وألفاظ الكناية ليست من هذا كله[1].

الشيعة الإمامية

الكنايات لا يقع بها طلاق

يرى الشيعة الإمامية، كما يرى الظاهرية، عدم وقوع الطلاق بألفاظ الكنايات مطلقاً ولذا قالوا بعدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ: أنت خلية، أو برية أو أنت بتة، أو بتلة، أو حرام، أو بائن، أو أعتدى، وإن قصد الطلاق: لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله.

صريح الطلاق

وانفرد الإمامية عن الظاهرية فى قصرهم وقوع الطلاق بصريح الطلاق فى لفظة طالق فقط فيقع طلاق الزوجة إذ قال لها زوجها أنت طالق وأشار إليها أو إذا قال فلانة طالق، أو هذه طالق أو زوجتى طالق. وينحصر عندهم، فى اشهر الأقوال، وقوع الطلاق بلفظ «طالق» فقط، إذا أضيفت إلى محل صالح لوقوع الطلاق فيه[2]. قال صاحب المختصر النافع: «الركن الثالث» فى الصيغة، ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق، ولا يقع بخلية ولا برية، وكذا لو قال: «اعتدى»[3].

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦.
(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧
(٣) الامام أبو القاسم نجم الدين جعفر . الحسن الحلى المتوفى ٦٧٦ هـ.

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

المذهب الحنفى

الطلاق الرجعى : هو الذى يملك ، الزوج ، بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية من غير عقد جديد مادامت فى العدة .

الطلاق البائن : هو الطلاق الذى لا يملك المطلق ، بعده ، أن يعيد مطلقته إلى عصمته بدون عقد جديد ولو كانت فى العدة .

والطلاق البائن قسمان : (١) بائن ، بينونة صغرى وهو : الذى لا يستطيع الرجل ، بعده ، أن يعيد المطلقة إلا بعقد جديد ومهر .

(٢) بائن بينونة كبرى ، وهو : الذى لا يستطيع الرجل بعده ، أن يعيد المطلقة الى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ، زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها أو يموت عنها . وتنقضى عدتها منه . وفيما يلى الحالات التى يكون فيها الطلاق رجعيا ، والحالات التى يكون فيها الطلاق بائنا

أولا — حالات الطلاق الرجعى

يكون الطلاق رجعيا فيما يلى :

١ — إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقى بلفظ من مادة الطلاق أو التطليق غير مقترن بعوض ، ولا بعدد ولا موصوف بوصف الشدة ، أو القوة ، أو نحوهما ، ولا بما يفيد معنى البينونة والانفصال ، ولم يكن على مال ولا مكملا للثلاث .

٢ — وكذلك إذا كان بعد الدخول بلفظ من ألفاظ الكناية التى لا تفيد معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية : مثل : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة .

جاء فى البدائع . « وأما الصريح الرجعى فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث، لا نصا ، ولا إشارة ، ولا موصوفا بصفة تنبىء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها[١]».

وجاء فى البدائع أيضا : « وأما الكناية فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف ، وهى قوله: « اعتدى ، واستبرئى رحمك وأنت واحدة. أما قوله : اعتدى؛ فلما روى عن أبى حنيفة أنه قال : القياس فى قوله اعتدى أن يكون بائنا وإنما اتبعنا الأثر وكذا قال أبو يوسف القياس أن يكون بائنا وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضى الله عنه أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها: «اعتدى» فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضى الله عنها حتى تحشر فى جملة أزواجه صلى الله عليه وسلم، فراجعها ورد عليها يومها، ولأن قوله: اعتدى أمر بالاعتداد، والاعتداد يقتضى سابقة الطلاق، والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة . والضرورة ترتفع بالأقل ، وهو الواحدة الرجعية ، فلا يثبت ماسواها . ثم قوله اعتدى إنما يجعل مقتضيا للطلاق فى المدخول بها. وأما فى غير المدخول بها فإنه يجعل مستعارا من الطلاق . وقوله : « استبرئى رحمك » تفسير قوله اعتدى ؛ لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله اعتدى . وأما قوله «أنت واحدة» فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة، كما يقال أعطيته جزيلا أى عطاء جزيلا[٢]».

ثانيا — حالات الطلاق البائن

يكون الطلاق بائنا فى الأحوال الآتية :

أولا الصريح البائن :

١ — الطلاق قبل الدخول الحقيقى ، فهو ، حينئذ، لا يقبل الرجعية ؛ لأن

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء ص ١١٣ .

المراجعة لا تكون الا فى العدة ؛ والطلاق قبل الدخول لاعدة فيه . والخلوة ـ ولو كانت صحيحة ـ لا يكون لها هنا حكم الدخول الحقيق ؛ فالطلاق بعد الخلوة المجردة يقع بائنا ، قصدا للاحتياط. وهذا من المواضع التى تخالف الخلوة فيها الدخول الحقيق .

٢ ــ إذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بالشدة أو القوة أو بما يفيد البينونة ، كقول الرجل: أنت طالق طلقة شديدة، أو قوية،أوطويلة، أو عريضه ، فإن المراد بالطول والعرض الشدة والقوة . وكقوله : أنت طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق البتة . وكذلك قوله : أنت طالق طلقة تملكين بها نفسك ، فانها لا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

٣ ــ إذا كان الطلاق فى مقابلة عوض من جهتها ، فإن المقصود من العوض أن تملك بالطلاق نفسها وتخلص لها عصمتها ، وذلك لا يكون الا بالطلاق البائن .

٤ ــ إذا كانت الطلقة مكملة للثلاث ، فانه تثبت بها البينونة الكبرى . وكذلك إذا كانت صيغة الطلاق مقرونة بعدد الثلاث ، لفظا ،أو بالاشارة، فنى كل هذه الأحوال يقع الطلاق بائنا دون توقف على نية المطلق .

ثانياً ــ الكناية التى تفيد البينونة :

٥ ــ إذا قال الرجل لامرأته : أنت خالصة . أوأنت حرام ، أو قال:على الحرام لأفعلن كيت وكيت أولاأفعله، فإن هذا. أيضا ملحق بالصريح الذى لايتوقف على نية . والواقع به طلاق بائن ؛ لأنه يفيد معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية

٦ ــ الكنايات التى تفيد معنى الشدة والفصل التام . مثل أنت بائن أو أنت طالق البتة ونحو ذلك[1].

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١١١ ، ١١٢ .

المذهب المالكى

الطلاق الرجعى

قال المالكية بوقوع الطلاق رجعيا بصريح الطلاق إذا لم ينو به الثلاث . وذلك فى المدخول بها؛ قال الامام أبو الحسن[1]: (وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها فى طهر ،لم يقربها فيه، طلقة واحدة، ثم لا يتبعها طلاقا حتى تنقضى العدة، وله الرجعة فى التى تحيض، مالم تدخل فى الحيضة الثالثة فى الحرة أوفى الثانية فى الأمة) ؛ لأن أسباب الزوجية باقية بينهما ما عدا الوطء » . وقال العلامة الشيخ على العدوى: « قوله. وله الرجعة فى التى تحيض) أى وطلقت دون الثلاث فى غير زمن حيض . أما التى طلقت زمن الحيض فيراجعها مالم تدخل فى الرابعة إن كانت حرة أو الثالثة إن كانت أمة ، فإن دخلت الحرة فى الرابعة ، والأمة فى الثالثة، حلت للأزواج » . [2]

وكذلك يكون الطلاق رجعيا إذا طلقها بلفظ من ألفاظ الكناية الظاهرة بأن قال لها اعتدى وصدق إذا ادعى انه ما قصد بهذا اللفظ ايقاع طلاق. وكانت هناك قرينة(بساط) تدل على صدقه فيما يدعيه بأن قال: اردت ان تعد النقود، وكان قد اعطاها نقودا ساعة تلفظه بلفظ اعتدى » :

أما حالات الطلاق البائن فبينها المالكية كما يلى :

١ ـ المطلقة قبل الدخول .

٢ ـ المطلقة ثلاثا بعد الدخول .

٣ ـ المطلقة بلفظ من الفاظ كنايات الطلاق الظاهرة ونوى البينونة . أو إذا طلقها بلفظ انت بتة ،اوحبلك على غاربك ،اى عصمتك على كتفك، كناية عن كونه لم يكن له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها .

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى على شرح الامام أبى الحسن المسمى كفاية الطالب الربانى لرسالة ابن ابى زيد القيروانى فى مذهب سيدنا الامام مالك ج٢ص ٥٧

(٢) المصدر السابق . حاشية العلامةالشيخ على الصعيدى على شرح أبى الحسن ج٢ ص٦١

٤ ـ الخلع ـ والخلع طلقة لا رجعة فيها وإن لم يسم طلاقاً [١] .

٥ ـ المطلقة بصريح الطلاق ونوى به الثلاث دفعة واحدة ، فإذا قال الرجل لامرأته : «أنت طالق» وادعى أنه أراد بذلك ثلاثاً ، قال مالك : هو ما نوى ، وقد لزمه [٢] . قال صاحب الشرح الكبير : ويلزم المطلق بصريح الطلاق : «أنت طالق» ، وأنت مطلقة ، وأنا طالق منك ـ طلقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزمه ما نواه » [٣] ـ وقال الإمام أبو الحسن : ومن قال لزوجته أنت طالق البتة فهى ثلاثة ، فى التى دخل بها أو لم يدخل بها ولا ينوى . ماذكره هو مـــذهب المدونة وشهره ابن بشير ، وقيل ينوى إن لم يدخل وشهره ابن الحاجب فيها وفى سائر الكنايات الظاهرة . فإن قال لهـا « أنت برية » أو « خلية » او « حبلك على غاربك » فهى ثلاث فى التى دخـل بها وينوى عدد الطلاق لا فى إرادة غير الطلاق فى التى لم يدخل بها [٤]

وقال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : المشهور فى المذهب أن الرجل لو قال لزوجته: «حبلك على غاربك » يلزمه الثلاث مطلقاً دخل أو لم يدخل . والحاصل أن الكناية الظاهرة على ثلاثة أقسام: ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً ، ولا ينوى، وذلك فى بتة ، وحبلك على غاربك على المعتمد، وما يلزم فيه الثلاث حتى يدعى نية أقل فى غير المدخول بها ، وما يلزم فيه الثلاث إبتداء حتى يدعى نية أقل حتى فى المدخول بها فيقبل كما إذا قال لها : خليت سبيلك [٥] .وقال الفقيه أبو الحسن : « ومن قال لزوجته أنت طالق فهى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك [٦] » .

تنبيـه

قال العلامة الشيخ على الصعيدى جميع ماتقدم من الصريح والكناية حيث لا بساط ، وأما لو رفعته بينة أو كان عند المفتى وادعى أنه لم يرد الطلاق

---

(١) المصدر السابق ، حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى على شرح أبى الحسن ج ٢ ص ٦١
(٢) بداية المجتهد للعلامة ابن رشد ج٢ ص ٧٤ .
(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٧٨ .
(٤ ، ٥ ، ٦) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدي العدوي على أبى الحسن ج٢ص٦٢ .

بهذا اللفظ فإنه يصدق إن دل بساط (قرينة) على نفى الطلاق ، لكن عند القاضى حيث رفعته بينة بيمين ، وإن كان مستفتيا صدق بلا يمين . قال المتيطى : إن قال لمن طلقها هو أو غيره قبله يا مطلقة ، وزعم أنه لم يرد طلاقا ، وإنما قصد الإخبار بما حصل لها أو أكثرت فى مراجعته على غير شىء فقال لها على طريق التشبيه : يا مطلقة ، وادعى إنما أراد يا مثل المطلقة فى طول اللسان وقلة الأدب، فإنه يصدق فى ذلك ، أوقال لها : أنت كالميتة أو كالدم ، وادعى أنه أراد فى الرائحة ، أو أردت بائن منفصلة إذا كان بينهما فرجة . أو أنت كالدم فى الاستقذار إذا كانت رائحتها قذرة أو كريهة . وقولهم : إن الطلاق يلزم به ولو هازلا مالم يكن بساط ، وإلا فيصدق كما لو كانت موثقة وقالت : أطلقنى فقال لها : أنت طالق . وأعلم أن محل لزوم الطلاق فى نحو حبلك على غاربك إذا كان العرف يستعملها فى الطلاق، وإلا كانت كناية خفية . فإن اعتاد ذلك أو اعتاده أهل بلده وأولى لو كان عادة الجميع لزم الطلاق به ، وإلا فلا حتى ينوى الطلاق[1] .

المذهب الشافعى

يرى الشافعية أن كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول ، أو كان على مال كما فى الخلع ، أو كان مكملا للثلاث، أو مقترنا بعدد الثلاث . وعلى هذا المذهب لا يقع بشىء من ألفاظ الكناية إلا الطلاق الرجعى ولو نوى بها البائن .

وحجتهم فى ذلك من وجهين :

(الأول) أن صريح لفظ الطلاق الذى لا يحتمل معنى آخر غير الطلاق لا يقع به إلا الطلاق الرجعى بالاتفاق ، فيكون الواقع بألفاظ الكناية رجعياً بالطريق الأولى ؛ لأن الكناية أضعف من التصريح ،

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى حـ ١ ص ٦٢

لاحتمالها الطلاق وغيره ، فلا يثبت بها ما هو أشد من الثابت بالصريح .

(الثانى) ان كون الطلاق رجعياً ، أو بائناً هو من الأوضاع الشرعية التى لا تتأثر بالإرادة والنية ، فقصد البينونة من لفظ هو أدنى من اللفظ الصريح الذى شرع به الطلاق الرجعى يكون تغييراً لتلك الأوضاع.

مناقشة ما احتج به الشافعية

وقد ناقش الأحناف ما استدل به الشافعية فقالوا :

أولا — القول بأن الكناية أضعف من الصريح فى إرادة الطلاق لأنها تحتمل معنى آخر غير إرادة الطلاق فمتى لم يقع بصريح الطلاق إلا طلاقاً رجعياً فكذلك ما كان أضعف من الصريح وهو الكنايه فلا يقع بها إلا الطلاق الرجعى ... هذا القول مردود بأن كنايات الطلاق لم يثبت بها الطلاق البائن إلا عند زوال إحتمال ارادة غير الطلاق ، ولا تثبت بها البينونة مع ذلك إلا من حيت أنها تفيد الانفصال من الزوجية انفصالا شديداً . وهذا هو الطلاق البائن الشديد .

ثانياً - القول بأن الأوضاع الشرعية لاتتأثربالإرادة والنية ، وأن قصد البينونة من لفظ هو أدنى من اللفظ الصريح الذى شرع به الطلاق الرجعى يكون تغييراً لتلك الأوضاع ... هذا القول غير مسلم به : لأنه قد عهد فى الشريعة مايدل على وقوع البينونة بألفاظ الكناية ، فقد روى أبو داود فى سننه ورواه الشافعى فى كتاب الأم أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته[١] « سهيمة » ألبتة ، فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له ما أردت إلا واحدة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « والله ما أردت إلا واحدة » فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١) فى بدائع الصنائع للكاسانى حـ٣ ص ١١٢ (... ولن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته ألبتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ماأراد بها الثلاث)

ووجه الاستدلال فى الحديث : هو أن ركانة لو أراد بلفظ « ألبتة » أكثر من طلقة واحدة لوقع ما أراده وثبتت به البينونة ، وإلا لما كان هناك معنى لسؤال النبى صلوات الله وسلامه عليه له وتقريره باليمين بالله أنه لم يرد بذلك اللفظ غير واحدة فإذا صح أن يراد بهذا اللفظ البينونة الكبرى فتثبت هذه البينونة ، فإنه يصح أن يراد به البينونة الصغرى وتقع أيضاً ويكون جميع ذلك من الشرع[1] .

المذهب الحنبلى

الطلاق الواقع بكنايات الطلاق

فى المذهب الحنبلى رأيان ، هما :

(الأول) أنه يقع بالكناية الظاهرة ثلاث طلقات وإن نوى واحدة لأنه قول علماء الصحابة ، ومنهم ابن عباس وأبو هريرة وعائشة. ويقع بكناية خفية طلقة رجعية فى مدخول بها لأن مقتضاها الترك كصريح الطلاق دون البينونة فإن نوى بخفية أكثر من واحدة وقع ما نواه ؛ لأنه لفظ لا ينافى العدد فوجب وقوع ما نواه به .

وتفريعاً على هذا الرأى يكون الطلاق الرجعى ما وقع بصريح الطلاق إلا إذا كان قبل الدخول أوكان على مال ، أوكان مكملا للثلاث ، أوكان مقترناً بعدد الثلاث ، أو كان بكناية ظاهرة ، أوكان بكناية خفية ونوى بها الثلاث[2] .

(الثانى) ما قاله صاحب المغنى[3] ، وقال إنه الراجح فى المذهب ، وهو :

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٨ ، وفتح القدير ج ٣ ص ٩٥

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٧٧

(٣) المصدر السابق نفس الجزء والصفحة

أن الطلاق الوقع بكنايات الطلاق طلاق رجعى ما لم يقع الثلاث ؛ لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق .

هبة الزوج زوجته

إذا وهب الزوج زوجته لأهلها أو لنفسها أو لأجنبي . فلا يخلو الحال من أن يحصل قبول من الموهوب له للهبة أو لا يحصل ، فإن قبلها أهلها ، أو قبلت هى الهبة (إن كان الزوج قد وهبها نفسها) أو قبل الأجنبي الهبة (فى حالة ما إذا وهبها لأجنبي) — فتطلق الزوجة طلقة واحدة يملك الرجعة إن كان مدخولا بها ، وإن لم يحصل قبول للهبة من الموهوب له (سواء أكان الموهوب له أهلها ، أوكانت هى الزوجة نفسها ، أوكان أجنبياً عنها ، بل حصل رد للهبة) فلا شىء مطلقاً .

وعلل الحنابلة لما تقدم فقالوا :

هبة الرجل زوجته لأهلها تمليك للبضع وهذا التصرف يحتاج إلى القبول كالنكاح فمتى ردها أهلها ولم يقبلوها فقد انتفى تمام التصرف فلا يقع طلاق . أما لو قبلوها فتقع طلقة واحدة رجعية لأن هذا اللفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله: اختارى... أما أنها طلقة رجعية ؛ فلأنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ... هذا كله إذا لم ينو ثلاثاً أو اثنتين فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى ؛ لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته فى عددها كسائر الكنايات . ولابد من أن ينوى بقوله: « وهبتك لأهلك » الطلاق أو

---

(١) شرح منتهى الإرادات للشيخ العلامة فقيه الحنابلة فى وقته منصور بن يونس ابن ادريس البهوتى جـ٣ ص ١٣١ ، ١٣٢ طبع مطبعة أنصار السنة سنة ١٩٤٧ م .

تكون ثم دلالة حال ؛ لأنها كناية والكنايات لابد فيها من النية — وقال المغنى[1]: وينبغى أن تعتبر النية من الذى يقبل أيضاً كما تعتبر فى اختيار الزوجة إذا قال لها اختارى ، أو أمرك بيدك — وصيغة القبول أن يقول أهلها : قبلناها ... نص على ذلك أحمد .

بيع الزوج زوجته

قال الحنابلة : بيع الزوجة لا يعتبر طلاقاً ... لها فمن باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثورى وإسحاق . وقال مالك تطلق واحدة ، وهى أملك لنفسها ؛ لأنه أتى بما يقتضى خروجها عن ملكه فأشبه ما لو وهبها .

وقد رد الحنابلة قول المالكية فقالوا : إن البيع لا يتضمن معنى الطلاق؛ لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضى العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعمنى وأسقنى[2] .

الظاهرية

الطلاق الرجعى والبائن

سبق أن أوضحنا رأى الظاهرية فيما يقع به الطلاق من الألفاظ وقلنا إنهم لا يقولون بوقوع طلاق إلا بلفظ من ثلاثة ألفاظ ؛ إما الطلاق ، وإما الفراق ، وإما السراح ... بجميع إشتقاق ألفاظها ، وإن ماعدا الألفاظ السابقة لا يقع بها طلاق ، نوى بها طلاقاً أو لم ينو ، لا فى فتيا أو لا فى قضاء ، مثل الخلية والبرية ، وأنت مبرأة ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧

(٢) » » » » جـ ٨ ص ٢٨٧

وحبلك على غاربك إلى آخر ماسبق بيانه . وقلنا إن الظاهرية يرون أن من قال لامرأته أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو كما نوى — وإنهم يرون أن كل طلاق رجعى إلا إذا كان[1] ثلاثاً أو مكملا للثلاث أوكان طلاقاً قبل الدخول؛ قال ابن حزم : ما وجدنا قط فى دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لارجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها ولا مزيد. وأما ماعدا ذلك فآراء لاحجة فيها .

هبة الرجل امرأته :

قال ابن حزم بعدم وقوع الطلاق فى هبة الرجل زوجته لأهلها أو لنفسها أو لاجنبى، فإن فعل ذلك بطل كلامه ولا يلزمه به طلاق أصلا نوى بقوله الطلاق أو لم ينوه ؛ لأن من الباطل أن يهب حرة أو أمة غيره، فهبته فاسدة والفاسد لاحكم له إلا بإبطاله والتوبة إلى الله عز وجل منه[2] .

الشيعة الامامية

الطلاق الرجعى والبائن :

قسم الشيعة الإمامية الطـــلاق السنى إلى ثلاثة أقسام : بائن ، ورجعى — وللعدة

الطلاق البائن :

الطلاق البائن هو مالا يصح معه الرجعة . وهو طلاق اليائسة على الأظهر ، ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة، والمباراة، مالم ترجعا فى البذل . والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان (ثالثة ثلاثة بعد رجعتين)

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٢٨ : ١٣٠ مسألة ١٩٣٩ .

الطلاق الرجعي :

والطلاق الرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع ومنه المختلعة والمبارأة إذا رجعتا فى البذل .

الطلاق للعدة :

وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق فهذه تحرم فى التاسعة تحريما مؤبدا وما عداها تحرم كل فى ثالثة حتى تنكح غيره[1] . وإطلاق اسم العدى على هذا الطلاق من حيث الرجوع فيه فى العدة .

جاء فى الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية وجعل هذا النوع من الطلاق قسيما للأولين يقتضى مغايرته لهما مع أنه أخص من الثانى فإنه من جملة أفراده ، بل أظهرها حيث رجع فى العدة ، فلو جعل الطلاق قسمين (رجعيا وبائنا) ثم قسم الرجعى إليه وإلى غيره كان أجود[2] .

القانون

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة الرابعة منه بما يلى :

(م ٤ — كنايات الطلاق — وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية) .

شرح القانون

لا بد من النية فى وقوع الطلاق :

بالرجوع إلى نص المادة السابقة نجدها قد أخذت بمذهب الشافعية وعدلت عن الأخذ بالمذهب الحنفى ، فقصرت وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

---

(١) المختصر النافع للعلامة الحلى ص ١٩٨ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٥١ للشهيد السيد زين الدين الجبعى العاملى .

على أن ينوى بها الطلاق، ولم يعول على ماسوى النية من القرائن ودلالات الحال التى يعتد بها فى مذهب الحنفية. وتفريعا على ذلك: إذا أتى الرجل بلفظ كناية ثم ادعى أنه لم يرد به إيقاع الطلاق فإنه يصدق فى ذلك، ولا يقع عليه شىء، وإن كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف دعواه.

ألفاظ الكناية لايقع بها الا الرجعى:

وألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشىء منها الطلاق فلا يكون الا رجعيا فى حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فقد نصت المادة الخامسة منه على ما يأتى:

م ٥ — كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠.

موقف القانون من مذاهب الائمة:

والقانون فيما نص على كونه بائنا أو رجعياً فى المادة المذكورة قد وافق مذاهب الأئمة الأربعة — فما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكملاً للثلاث، ولا واقعا قبل الدخول؛ وليس فى مقابلة مال من جهة الزوجة، فلا يقع به إلا الرجعى. أما المكمل للثلاث والواقع قبل الدخول أو على مال فإنه يكون بائنا.

مخالفة القانون لمذاهب الأئمة الاربعة:

لكن القانون فى قصره البينونة التى تكون من المطلق على الأحوال السابقة التى عددها وحددها فى المادة الخامسة وهى حالات ثلاث يكون مخالفا لمذاهب الأئمة الأربعة، فعندهم الطلاق المقترن بعدد الثلاث يقع ثلاثا، لكن القانون يجعلها طلقة واحدة، وقد نص على ذلك فى المادة الثالثة منه التى سبق بيانها.

أحكام الطلاق الرجعي والطلاق البائن

لكل من الطلاق ـ الرجعى والطلاق البائن أحكام خاصة به . وهناك أحكام مشتركة بينهما . ونذكر فيما يلى ما قاله الفقهاء فى ذلك فى حدود المذاهب التى التزمت ببيان رأى أئمتها :

أولا — المذهب الحنفى

أحكام الطلاق الرجعى :

الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ، ولا يرفع الحل ، وليس له من أثر إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ؛ ولذلك تثبت فيه الأحكام الآتية :

١ — يملك المطلق طلاقا رجعيا مراجعة مطلقته من غير عقد جديد ما دامت فى العدة .

٢ — لا يحل بمجرد الطلاق الرجعى الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين (الموت أو الطلاق) ، وإنما يحل هذا المؤجل بالبينونة التى تكون بانقضاء العدة .

٣ — ترث المرأة مطلقها ويرثها متى كان الموت قبل انقضاء العدة ، سواء أكان الطلاق فى حال الصحة أم فى حال مرض الموت ، وسواء أكان الطلاق برضاها أم بغير رضاها ، وسواء أكانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث ، كأن تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك حينئذ ثم صارت إلى الحالة التى يصح معها الإرث ، بأن كانت كتابية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة .

٤ — المطلقة رجعيا يمكن لمطلقها إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة ، سواء أكان رجعيا أم بائناً .

٥ — الطلاق البائن

الطلاق البائن إما أن تثبت به بينونة صغرى ، وإما أن تثبت به البينونة الكبرى ، وكل منهما يزيل الملك الثابت بالزوجية . فلا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين . وتزيد البينونة الكبرى بأنها ترفع الحل أيضا . فلا يعود هذا الحل بين الرجل والمرأة بالعقد الجديد إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ويذوق كل منهما عسيلة الآخر .

البينونة الصغرى

يمكن إجمال أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يلي :-

١ — لا يمكن لمن طلق امرأته طلاقا بائنا بينونة صغرى أن يعيد إليه مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين .

٢ — يحل بمجرد وقوع البينونة الصغرى مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين .

٣ — إذا مات (المطلق أو المطلقة) فى حالة الطلاق البائن قبل انقضاء العدة فلا يرثه الآخر ؛ لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية ، والبينونة تزيل الملك الثابت بهذه الزوجية ، فينتفى سبب التوارث بينهما ، إلا فى حالة واحدة ، وهى التى يظن فيها أن البينونة كانت فرارا من الإرث ، فيعامل هذا الفار بنقيض مقصوده ؛ ويثبت للآخر حق الميراث فى تركته كما سبق بيانه فى موضوع « طلاق المريض » .

٤ — إذا طلق الرجل المرأة فى عدة البينونة فلا يقع طلاقه ، إذا كان هذا الطلاق الثانى بائنا ، بلفظ الكناية فى مقام يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى . وسيأتى تفصيل القول فى هـــذا فى موضوع « الطلاق فى عدة الطلاق » .

البينونة الكبرى :

البينونة الكبرى هي كالصغرى في كل ما ذكرنا من الأحكام السابقة إلا في مسألتين :

(الأولى) : أن البينونة الكبرى هي نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر .

(الثانية) : أنه لا يمكن معها أن ترجع المرأة إلى الذي طلقها حتى تتزوج بغيره زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقياً، ثم يفارقها وتنقضي عدتها منه[1] .

الأحكام المشتركة :

من الأحكام التي يشترك فيها كل من الطلاق الرجعي والبائن بنوعيه ما يأتي : -

١ — وجوب نفقة العدة بأنواعها الثلاثة للمطلقة .

٢ — ثبوت نسب ولد المطلقة من مطلقها على تفصيل في ذلك نعرض له في مبحث ثبوت النسب .

٣ — إذا تزوجت المطلقة رجعيا أو بائنا - بعد انقضاء عدتها - بزوج آخر ثم فارقها هذا الزوج بعد الدخول ، وأرادت أن تعود إلى الأول ، فإنها تعود إليه بزوجية جديدة يملك فيها ثلاث طلقات ؛ لأن الزواج الثاني يهدم ما كان من الطلاق في الزواج الأول، سواء أكان ثلاثا أم أقل عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وزفر: إنه يهدم الثلاث لا غير . فإذا عادت المطلقة طلقة واحدة أو اثنتين إلى الزوج الأول تعود إليه إليه بحل كامل

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٣ ص ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ — وراجع فتح القدير جـ ٣ ص ١٠٤ والأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

يملك فيه ثلاث طلقات على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد وزفر: إن مطلقها الأول إذا عادت إليه لا يملك عليها إلا ما بقى من الطلاق الثلاث. أما إذا كانت مطلقة ثلاثا، ثم عادت إلى مطلقها بعد زواجها من غيره زواجا صحيحاً ودخل بها، فإنها تعود إلى الأول بحل كامل يملك فيه ثلاث طلقات بلا خلاف بين أئمة المذهب وسنذكر دليل كل فيما بعد.

المذهب المالكى

أحكام الطلاق الرجعى :

١ — المطلق رجعيا حق مراجعة مطلقته، مالم تنقض عدتها، لأن أسباب الزوجية باقية بينهما، والرجعة تكون بالنية مع القول كراجعتها وأمسكتها أو مايقوم مقام القول كالوطء ومقدماته. وفى رجعته بالنية فقط قولان فى المذهب[1]. ولو راجعها بالقول فقط دون النية، فرجعة فى الظاهر دون الباطن أما لو وطئها دون أن ينوى بالوطء مراجعتها، فلا يعتبر ذلك رجعة لها لا ظاهرا ولا باطنا.

النفقة والميراث والنسب

يرى المالكية أن المطلقة رجعيا لها النفقة على مطلقها، مادامت فى عدتها منه، كما ترثه إذا مات عنها وهى معتدة منه. كما يثبت نسب الولد إذا أتت به المطلقة لأقل مدة الحمل إلا أن ينفيه المطلق بلعان، هذا إذا لم تتزوج بزوج آخر غير هذا الزوج. أما إذا تزوجت بزوج آخر غيره، فيثبت نسب الولد إن أتت به لدون ستة أشهر من عقد الثانى ـ وحينئذ يفسخ نكاح الثانى لأنه ناكح فى عدة ـ وترجع إلى الأول. وأما لو أتت به لستة أشهر فأكثر

---

(١) حاشية العدوى على شرح أبى الحسن جـ ٢ ص ٥٧، ٥٨. وبداية المجتهد جـ ٢ ص ١٨، ٨٨، ٩٤ طبع مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٦.

فهو لاحق بالزوج الثانى قطعا[1]. وقال صاحب التاج والاكليل :

« من المدونة كل معتدة من طلاق أو وفاة تأتى بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس إلا أن ينفيه الحى بلعان ويدعى استبراءها قبل طلاقه »[2] .

وقال المالكية : لو ارتابت المرأة هل هى حامل أو لا ؟ عليها أن تتربص وتنتظر مدة؛ قيل. أربع سنين، وقيل: خمس سنوات.. فلو تزوجت قبل الخمس السنوات بأربعة أشهر فولدت لخمسة لم يلحق بواحد منهما وحُدت ـ فقد روى عن مالك أنها تنتظر أربع سنوات . وفى المدونة : « من نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت ، لم يلحق بأحد الزوجين ، وحدت . وفسخ نكاح الثانى لأنه نكح حاملا »[3] .

وقال الحطاب[4] : « مسألة » وتجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها فى أيام عدتها ، إذا لم يكن الطلاق بائنا ، وكان الزوج يملك ارتجاعها فيه ، سواء أوقعه الزوج أو الزوجة أو السلطان بإيلاء أو عدم نفقة إذا أيسر فى العدة. وفى المدونة : وجوب النفقة على المولى أيام العدة ، ولمطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا نفقة لها ؛ لأن رجعته لا تصح بالقول إلا أن يقترن به الفعل . وأما المبتوتة، والمبارأة، والمختلعة ، وكل من لا يملك الزوج رجعتها ، لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا » انتهى ؛ وقال فى طلاق السنة : وكل مطلقة لها السكنى، وكل بائنة بطلاق، أوبتات، أوخلع، أو مبارأة ، أولعان، أو نحوه، فلها السكنى ، ولا نفقة لها ولا كسوة ؛ إلا فى الحمل البين ، فذلك لها ما أقامت

---

(١) الحطاب جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٢) التاج والأكليل على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٣) المصادر السابقة ذات الجزء والصفحة .

(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٨٩ « باب النفقات » .

حاملا، خلا الملاعنة، فلا نفقة لحملها لأنه لا يلحق بالزوج. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: ونحوه... يعنى المفسوخ انتهى. ثم قال فيها: وكل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة، حتى تنقضى عدتها، حاملا كانت أو غير حامل. وكذلك امرأة المولى، إذا فرق بينهما؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائن، وهما يتوارثان مالم تنقض العدة. وتجب السكنى فى فسخ النكاح الفاسد، أو ذات محرم بقرابة أو رضاع، حاملا كانت أولا لأنه نكاح يلحق فيه الولد وتعتد فيه حيث كانت تسكن، ولا نفقة عليه ولا كسوة، إلا أن تكون حاملا فذلك عليه. انتهى. قاله أبو الحسن. قوله: وكذلك امرأة المولى إذا طلق عليه لعدم النفقة ثم أيسر فى العدة، هل تجب عليه النفقة وإن لم ترتجع؟ فعلى مانص هنا تلزمه النفقة، ومثله لابن حبيب ثم قال: فانظر فى سماع عيسى من طلاق السنة، مسألة النصرانية تسلم تحت النصرانى، أنه لا نفقة لها عليه. وفى سماع أصبغ خلافه صح من جامع الطرد اللخمى قال ابن المنذر: أجمع من أحفظ عنهم على أن المعتدة التى تملك رجعتها لها السكنى والنفقة؛ إذ أحكامها أحكام الأزواج فى عامة أمورها».

وفى التاج والإكليل: «ابن الحاجب: البائن فى السكنى ونفقة الحمل كالرجعية، فلو مات فالمشهور وجوبهما فى ماله»[1].

المذهب الشافعى

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

الطلاق الرجعى

الطلاق الرجعى عند الشافعية ليس له من أثر سوى تنقيص عدد الطلقات، فللمطلقة رجعياً، السكنى والنفقة بجميع أنواعها، لبقاء حبس الزوج لها

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ١٨٩.

وسلطته عليها ، وقدرته على التمتع بها بالرجعة ، ولا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقط به ما يجب للزوجة ، ويستمر وجوبه لها حتى تقر بانقضاء عدتها بوضع الحمل ، أو بغيره فهى المصدقة فى استمرار النفقة ، كما تصدق فى بقاء العدة وثبوت الرجعة إلا مؤنة تنظف فلا تجب لها، لامتناع الزوج عنها إلا إذا تأذت بالهوام للوسخ فيجب .

الطلاق البائن

تجب السكنى لمطلقة ، ولو بائنا ، ما دامت فى عدتها من مطلقها ، لقوله تعالى: « اسكنوهن من حيث سكنتم » وقوله تعالى: « لاتخرجوهن من بيوتهن » أى بيوت الأزواج .

وجه الاستدلال

الآية الأولى: « أسكنوهن من حيث سكنتم » فيها أمر الأزواج باسكان المطلقة دون تفصيل بين أن يكون طلاقها رجعياً أو بائنا . فدل ذلك على وجوب السكنى للمطلقات، مطلقا ، رجعيات أو بائنات ،حائلات أو حوامل. أما الآية الثانية: « لاتخرجوهن من بيوتهن » فالخطاب فيها أيضا للأزواج وقد نهت الآية عن إخراج المطلقات من بيوت أزواجهن واضافة البيوت إلى الزجاوت للسكنى لا للملك ؛ إذ لو كانت إضافة ملك لم تختص بالمطلقات ، فدلت الآية على أن للمطلقة السكنى على مطلقها ولو كان طلاقها بائنا . وتأكيدا لهذا قال فقهاء الشافعية: لو أن المطلقة بائنا اسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط ، لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح اسقاط مالم يجب[1] .

أما نفقة الطعام والكسوة والخادم ،فقال الشافعية بعدم وجوبها للحائل البائن ، بخلع أو ثلاث. أما الحامل البائن فتجب لها ، فلها النفقة والكسوة

---

(١) راجع مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج للخطيب الشربينى ج٣ص٢٥٥، ٤٤٠

والأدم والخادم ، وذلك بسبب الحمل . وهو القول الصحيح فى المذهب ، لأنها لاتسقط بمضى الزمان . وفى قول آخر فى المذهب قديم تجب للمطلقة بائنا ،الحامل ،النفقة بأنواعها للحمل فقط ،لوجوبها بسببه وانعدامها بانعدامه . وإنما صرف لها لتغذيه بغذائها [١] .

الرجعـــة

تختص الرجعة بمن طلقت بعد وطئها بلاعوض ولم يستوف عدد طلاقها ، وأن تكون باقية فى العدة ، وأن تكون قابلة للحل للمراجع وألا تكون مرتدة .

المـذهب الحنبلى

أحـكام الطلاق الرجعى

يرى الحنابلة أن للمطلق مراجعة مطلقته طلاقاً رجعياً دون حاجة إلى عقد جديد ، بشرط أن يكون النكاح الأول نكاحا صحيحاً ، وأن يكون قد دخل عليها فيه أو خلا بها [٢] .

وكذلك يرى الحنابلة أن الطلاق الرجعى تعتبر فيه المطلقة كزوجة فى وجوب النفقة للمطلقة على المطلق والكسوة والسكنى ، قال الشيخ منصور البهوتى : [٣] .

« والمطلقة رجعية كزوجة فى وجوب النفقة والكسوة والسكنى ؛ لأنها

---

(١) المصدر السابق ج٣ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ طبعة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٥٨

(٢) شرح منتهى الإرادات للفقيه الشيخ منصور البهوتى ج٣ ص١٨٢ طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية

(٣) المصدر السابق ج ٣ ص ٢٤٧ ومابعدها طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية .

زوجة لقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك» ، ولأنها يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ماقبل الطلاق » .

أما البائن، غير الحامل ، فلا نفقة لها : لحديث فاطمة بنت قيس : «أن زوجها طلقها ألبتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته : فقال : والله مالك علينا منه شيء ؛ فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له ذلك فقال : ليس لك عليه نفقة ولاسكنى ، فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك » متفق عليه وفى لفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «انظرى يابنة قيس : إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فاذا لم تكن له الرجعة فلا نفقة ولاسكنى » ، رواه أحمد والأثرم والحميدى . والنبي صلى الله عليه وسلم هو المبين عن الله تعالى مراده ، ولا شيء يدفع ذلك ، ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم هو أعلم بتأويل قوله تعالى: «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» .

وتطلق المدخول بها بوطء أو خلوة فى عقد صحيح بقول زوجها لها : «أنت طالق، أنت طالق» : ثنتين ، إلا إذا نوى المطلق بتكرار هذا اللفظ - «أنت طالق» - التأكيد، وكان الكلام متصلا، أو قصد به الإفهام - أما المطلقة بائنا فلا يلحقها الطلاق الثانى .

وترث المطلقة رجعياً زوجها مادامت فى عدتها منه .

ثبوت النسب

وقال الحنابلة: لو ولدت المطلقة رجعياً بعد أربع سنين منذ طلقها زوجها، وقبل انقضاء عدتها ، لحق نسب المولود بمطلقها . وكذا يثبت نسب المولود من المطلق رجعياً لو أتت المطلقة منه رجعياً بمولودها لأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها لا باقراء ؛ لأن الرجعية فى حكم الزوجات فى أكثر الأحكام أشبه ماقبل الطلاق .

المذهب الظاهرى

الطلاق الرجعى

يرى الظاهرية أن كل طلاق يقع رجعياً الا فى موضعين لا ثالث لهما، هما:

١ — إذا طلق غير الموطوأة، لقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[١] .

٢ — طلاق الثلاث ، مجموعة أو مفرقة ، لقوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره[٢] .

الطلاق البائن

ما عدا ماتقدم فلا يكون طلاقاً بائنا أصلا عند الظاهرية لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك »[٣]، ولقوله تعالى: « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف »، وقال تعالى: « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف[٤]» فجعل الى الزوج فى العدة أن يراجع مطلقته أو يترك . [٥] .

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية فهو لايزيل الملك ، ولا يرفع الحل ؛قال ابن حزم :

---

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
(٢) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .
(٣) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .
(٤) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق.
(٥) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٦ .

«وقد قلنا: إن المطلقة طلاقا رجعيا هى زوجة للذى طلقها، مالم تنقض عدتها.. يتوارثان، ويلحقها طلاقه، وإيلاؤه، وظهاره، ولعانه إن قذفها، وعليه نفقتها، وكسوتها، وإسكانها، فإذ هى زوجته فحلال له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها، وأن يطأها؛ إذ لم يأت نص بمنعه من شىء من ذلك، وقد سماه الله تعالى بعلا، إذ يقول عز وجل: «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك»[1] — وقال ابن حزم فى موضع آخر فى بيان الطلاق البائن والرجعى: «ولا يكون الطلاق بائنا أبداً، إلا فى موضعين لا ثالث لهما، أحدهما طلاق غير الموطوأة لقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) والثانى طلاق الثلاث، مجموعة أو مفرقة؛ لقوله تعالى: (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره). وأما ماعدا هذين؛ فلا، أصلا؛ لقوله تعالى: «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك»، ولقوله تعالى: «فأمسكوهن بمعروف، أو فارقوهن بمعروف»، وقال تعالى: «فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف» فجعل إلى الزوج فى العدة أن يراجعها أو يترك ....[2]

وقال ابن حزم أيضا: «والطلاق الرجعى هو الذى يكون فيه الزوج مخيراً ما دامت فى العدة، بين تركها.. لا يراجعها حتى تنقضى عدتها فتملك أمرها، فلا يراجعها إلا بولى ورضاها، وصداق، وبين أن يشهد على ارتجاعها فقط، فتكون زوجته أحبت أم كرهت، بلا ولى، ولا صداق، لكن بإشهاد فقط. ولو مات أحدهما قبل تمام العدة، وقبل المراجعة، ورثه الباقى منهما. وهذا لا خلاف فيه من الأئمة. والبائن هى التى لا رجعة له عليها، إلا أن تشاء هى فى غير الثلاث، بولى، وصداق ورضاها. ونفقتها عليه فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة ويلحقها طلاقه[3].

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٥١ مسألة ١٩٨٦
(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٦ مسألة ١٩٧٢
(٣) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٦، ٢١٧ مسألة ١٩٧٢

الشيعة الإمامية

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

المطلقة رجعياً هى زوجة ، فلا يحرم نظره إليها ولا وطؤه لها ، وقال الإمامية : إنه لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج مطلقته هذه من بيته ، إلا أن تأتى بفاحشة ، (وهو مايجب به الحد) ، وقيل : له أن يخرجها إذا أتت بما يؤذى أهله ، ولاتخرج هى ، فإن اضطرت ، خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر . ولا يلزم ذلك فى البائن ، ولا المتوفى عنها زوجها ، بل تبيت كل واحدة منهما حيث شاءت ،فالطلاق الرجعى عند الإمامية مايصح معه الرجعة ، ولو لم يرجع . أما البائن فهو مالا يصح معه الرجعة [1] .

ثبوت النسب

ولو طلق زوجته ، فاعتدت وتزوجت غيره ، وأتت بولد لدون ستة أشهر فهو للأول ، ولو كان ستة فصاعداً فهو للأخير . ولو لم تتزوج ، فهو للأول ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل .

الميراث

قال الإمامية : لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، لكن بالنسبة للولد فإنه يرثهما ويرثانه [2] . وقال الإمام المرتضى : يثبت بنكاح المتعة الميراث بين الزوجين ، ما لم يشترط السقوط . لكن لو شرط الميراث عند العقد لزم . ويفهم من ذلك أن النكاح الدائم يقع بسببه التوارث بين الزوجين ، وأن المطلقة رجعياً لإذا مات عنها زوجها قبل انتهاء عدتها فلها الميراث من مطلقها .

---

(١) المختصر النافع للحلى ص ٢٠٢
(٢) « « « ص ١٨٢

النفقة

المطلقة رجعياً تستحق النفقة . أما المطلقة بائنا فلا نفقة لها ، إلا إذا كانت حاملا ، فتثبت نفقتها فى الطلاق البائن ، فى هذه الحالة ، على الزوج حتى تضع .[1]

القانون

حكم القانون فى الكنايات ومايعتبر من الطلاق رجعياً أو بائناً

أولا — الكنايات

تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الرابعة لتعريف الكناية ، واشترط لوقوع الطلاق بألفاظ الكنايات أن ينوى المتلفظ بها الطلاق . ولم تعول المادة المذكورة فى إيقاع الطلاق بالكناية إلا على نية الطلاق بلفظ الكناية . أما لو ادعى المتلفظ بلفظ الكناية أنه لم يرد بها إيقاع الطلاق فلا يقع الطلاق. ولوكانت قرائن الحال تشهد بأن المراد من التلفظ بالكناية هو إيقاع الطلاق ، فلا عبرة بدلالة الحال أو القرينة ، ما دام لم ينو المتلفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكناية . وحددت المادة سالفة الذكر المراد بالكناية ، فنصت على أن كناية الطلاق هى ما تحتمل الطلاق وغيره [2] . وحددت المذكرة التفسيرية للقانون أن المراد بالكناية هنا ما كان كناية فى مذهب أبى حنيفة . [3]

وتفريعاً على ماذكر : إذا أتى الرجل بلفظ كناية ، ثم ادعى أنه لم يرد به

---

(١) المختصر النافع للحلى ص ١٩٥

(٢) نص المادة الرابعة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية هو: « كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره، ولا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

إيقاع الطلاق فإنه يصدق فى ذلك ، ولا يقع عليه شىء ، وإن كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف دعواه .

الطلاق الواقع بألفاظ الكناية

ونص القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ على أن ألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشىء منها الطلاق فلا يكون إلا رجعياً فى حكم ذلك القانون ، فقد نص فى المادة الخامسة منه على ما يأتى :

« كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون ، والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ » .

ونصت المذكرة التوضيحية للقانون على أنه قد أخذ فى بيان الطلاق البائن والرجعى بمذهبي مالك والشافعى إلا ما استثنى فى المادة الخامسة من المشروع .[1]

فالمشرع اعتبر أنه ما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكملا للثلاث ، ولا واقعاً قبل الدخول ، ولا فى مقابلة مال من جهة الزوجة ، فلا يقع به إلا الرجعى .

والمشرع حينما أخذ ، بمذهب الإمامين مالك والشافعى ، فى أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما استثنى فى المادة المذكورة (الخامسة) ، قد وضح لديه أن آية الطلاق تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون الا مرة بعد مرة ، ليكون لدى المطلق فرصة إرجاع زوجته إليه مرة أخرى بعد أن

---

(١) تراجع المذكرة التفسيرية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الصادرة عن مجلس الوزراء فى توضيح القانون سالف الذكر .

يرجع إلى نفسه ، ويدرك أن مصلحته فى العودة إليها ، دون حاجة إلى إجراء عقد زواج جديد قد يحول دونه طيش الزوجة ، وعدم تقديرها للعواقب؛ قال الله تعالى: « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا، ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة ، والله عزيز حكيم» فالرجل بعد الطلاق قد يندم على مافرط منه ويدرك خطأه ، أو يشفق على مطلقته ، ويرجو لها صلاحا ، فأبيح له أن يراجعها ولو لم ترض بالرجعة ما دامت فى عدة الطلاق . فإن طلقها طلقة مكملة للثلاث لم يكن له حق الرجعة ؛ لأنه جرب نفسه مرتين معها فلا أمل فى أن يستقيم لهما أمر بعد الطلقة الثالثة ، التى تبين بها المرأة بينونة كبرى لاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره. وإذا طلقها قبل الدخول ،كان الطلاق بائنا ، قال الله تعالى : « يأيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » . فليس له عليها عدة ، وليس له عليها رجعة إلا بعد زوج جديد .

والمراد بالدخول هنا : الدخول الحقيق ، فإن مذهب الحنفية المطبق حاليا فى المحاكم الشرعية « محاكم الأحوال الشخصية » يفهم من أقوال فقهائه أن الخلوة الصحيحة تخالف الدخول فى الرجعة ، ويكون الطلاق بائنا بعد الخلوة وقبل الدخول الحقيقى .

الطلاق على مال .

واعتبر القانون الطلاق على مال طلاقا بائنا أخذا برأى الحنفية فى ذلك، فإذا اختلعت المرأة ، أو طلقها نظير المال وقع الطلاق بائنا .

واختلف عمل المحاكم فيما إذا أقر الزوج بطلاق نظير المال، وعجز عن إثبات الإبراء ، وحلفت الزوجة اليمين على أنها لم تبرىء زوجها . فبعض

المحاكم تعامل الزوج بإقراره ، وتثبت الطلاق بائنا ، وترفض دعوى الإبراء والبعض الآخر يحكم بالطلاق الرجعى .

وتستند المحاكم التى تحكم بالطلاق البائن إلى أن عدم ثبوت الإبراء لايدل على أن الطلاق كان مجردا ، وإلى أن الزوج أقر بطلاق بائن فيعامل بإقراره شرعاً .

وهذا لايتعارض مع نص القانون ، فإنه ذكر حكم إنشاء الطلاق وترك حكم الإقرار به فيرجع فيه إلى مذهب الحنفية ، والإقرار بالبائن فيه بائن إذ القاعدة العامة أن المقر يعامل بإقراره شرعا ، وقد أقر الزوج بطلاق بائن فيعامل به .

واستندت أحكام المحاكم التى ترى الرأى الثانى ، وهو إثبات وقوع الطلاق رجعيا ، إلى أن القانون منع الزوج من أن يطلق طلاقا بائنا إلا إذا كان الطلاق على مال ، أو قبل الدخول ، أو مكملا للثلاث . والطلاق فى هذه الحالة طلاق مجرد بعد حكم القاضى برفض دعوى المال ، فلا محل لأن يكون بائنا ؛ لأنه لايدخل تحت حالة من الحالات المستثناة ، ومادام لايدخل تحت حالة منها فلا يصح كونه بائنا بل يجب أن يكون رجعيا ، ولا يقال : إن المشرع بين حكم الإنشاء ولم يبين حكم الإقرار ؛ لأن عبارة المادة تفيد حصر الطلاق الرجعى فيما عدا ما استثنى . على ان القانون منع الزوج من أن ينفرد بطلاق بائن مجرد من المال ، فلا يصح أن يباح له الطلاق البائن لمجرد دعوى أن الطلاق كان نظير المال .

والحق فى نظرى مع أصحاب الرأى الأخير ، وهو أن الطلاق فى هذه الحالة رجعى لا بائن . فالمشرع خالف الحنفية فى جعل كل طلاق رجعيا إلا ما استثنى ، فيجب الاقتصار عليه .

ما أحال إليه القانون .

وقد أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، على أنه يعتبر فى حكم ذلك القانون طلاقا بائنا ما نص على أنه بائن فى قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهو التفريق بسبب العيب الفاحش ؛ فقد نص القانون المذكور فى مادته التاسعة على أنه يجوز للقاضى أن يفرق بين الزوجين بسبب عيب الرجل ، من : مثل الجنون ، والجذام ، والبرص ، وغيرها ، مما أضيف إلى العيوب التى كان يفرق بسببها ، جريا على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وهى عيوب الجب ، والعنة ، والخصاء ، وقد أعطى حق طلب التفريق للزوجة ، فقد نصت المادة المذكورة على الآتى :

مادة ٩ — للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون ، والجزام ، والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ، ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

ونصت المادة العاشرة من ذات القانون ، على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن .

وقررت المادة الحادية عشرة أنه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

كذلك أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ [1] وهو التفريق الذى

---

(١) نص المادة الخامسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ هو « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ »

يكون من القاضي بسبب ضرر الزوجة والشقاق بينها وبين زوجها ، وبسبب غيبة الزوج أو حبسه مدة طويلة . وتفصيل ذلك فى القانون مايلى :

الشقاق بين الزوجين

والتطليق للضرر

القانون :

نصت المادة رقم ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الآتى :

مادة ٦ — إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين فى المواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

وقد نظر المشرع إلى ما كثر حدوثه بين الأزواج مما أثار الضجة فقد وجد أنه كثيراً ما يحصل الشقاق بين الزوجين ، وتترك الزوجة بيت زوجها ، وتلجأ إلى المحاكم تطالبه بنفقة ، ولا قصد لها إلا الكيد له ، ويرفع عليها زوجها دعوى الطاعة ، ولا غرض له إلا إسقاط نفقتها . والحكم بنشوزها ، وتستمر القضايا بينهما طويلا . بين قضايا نفقة ، وطاعة ، ونشوز ، وحبس ، وإشكالات فى تنفيذ الضم . وكلما زاد الطرفان فى الخصومة ، اتسعت هوة الخلاف بينهما بحيث يستحيل عليهما فى كثير من الحالات أن يعودا إلى المعاشرة . ولما كان القضاء فى مصر هو على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وليس فى مذهب أبى حنيفة حل لمثل هذه الحالة ، إذ لا يجوز فيه التفريق بسبب الضرر . بينما مذهب الإمام مالك رضى الله عنه فيه المخرج من هذا الضيق ومن ثم لجأ المشرع إليه ، وأخذ منه أحكام التطليق

للضرر. وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون على أن هذا هو السبب الحقيقى الذى حدا بالمشرع إلى ترك العمل بمذهب أبى حنيفة فى هذا الباب فقالت .

(إن الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ماخلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص، ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الإنتقام . . . وقد تبينت الوزارة آثار هذا الشقاق بين الزوجين وما قد يؤدى إليه إستمراره من الجرائم والاثام . . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جليه مما تقدم إليها من الشكايات ، فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين، عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج ، فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر[1])

توضيح للمادة السادسة

ومن نظرة فاحصة للمادة السادسة سالفة الذكر نرى أنه لابد من إثبات إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . وتقدير ذلك متروك للقاضى ، فهو الذى يقدر الضرر وهل هذا الضرر الذى ثبت ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين؛ فالضرر يختلف باختلاف الزوجين، فالزوجة المتعلمة الغنية تتضرر بما لا تتضرر به الجاهلة الفقيرة، ومن ثم فليس أمام القاضى إلا أن يبحث كل حالة ويقدر ظروف كل خلاف، فإذا خرج من البحث إلى أن ماثبت من الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين حكم بالطلاق البائن .

---

(١) تراجع المذكرة الأيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

والمراد من تكرار الشكوى المنصوص عليه فى المادة المذكورة هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين ويصر الزوج على الإضرار بزوجته أو يمعن فى الضرر فيسىء إليها إساءات جديدة بعد رفض دعوى الطلاق .

وليس فى عبارة المادة ما يقتضى ضرورة ادعاء حدوث ضرر جديد بعد رفض دعوى الطلاق ، بل يكفى أن يستمر الخلاف بين الزوجين ، وتتكرر الشكوى من الزوجة مدعية أن الزوج لا يزال مصراً على الإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

الطلاق للضرر قبل الدخول .

لا يوجد فى نص المادة السادسة الخاصة بالطلاق للضرر ما يمنع الزوجة من رفع دعوى ضد زوجها الذى لم يدخل بها تطلب فيها من القاضى أن يطلقها طلاقاً بائناً لإضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإن الخلاف قد يحدث قبل الزفاف ، وقد يمعن الزوج فى الإضرار بزوجته بالقول وبغيره قبل دخوله بها ومعاشرته لها ويصر على هذا الضرر ، الأمر الذى لا تستطيع الحياة الزوجية معه أن تستمر . وربما كانت المصلحة فى التفريق بين الزوجين فى هذه الحالة قبل أن يرزقا بأولاد :

مهمة القاضى

والقاضى ـ وقد كل والمشرع إليه تقدير الضرر ، وهل هو من الأمور التى لا يمكن معه أن يعيش الزوجان معاً ـ عليه أن يعرف أسباب هذا الضرر والدافع إليه ، ونفسية الزوجين ، وأن يضع فى التقدير أن كثيرا من أسباب سوء التفاهم بين الزوجين المتباعدين اللذين لم يزفا إلى بعضهما بعد ، قد يرجع إلى وسطاء السوء ، وأن الزوجين قد يتفاهمان وتزول من بينهما أسباب الخلاف إذا تقابلا ، وبعد كل منهما عن الوسط الذى يعيش فيه ؛ فعلى القاضى أن

يبذل وسعه فى الإصلاح بينهما . ولا يجوز له الحكم بالطلاق إلا إذا عجز عن الإصلاح بين الزوجين .

عجز الزوجة عن إثبات الضرر

وأبانت المادة السادسة حالةما إذا لم يثبت الضرر المدعى حدوثه فأوجبت على القاضى أن يحكم برفض دعوى الطلاق فى المرة الأولى ، لعل الزوجة ترجع عن شكواها وتعود إلى معاشرة زوجها . وأما إذا لم يثبت الضرر فى الشكوى الثانية فلا ترفض دعواها بل يرسل القاضى حكمين يتعرفان أسباب الخلاف ويحاولان التوفيق بين الطرفين .

مهمة الحكمين وشروط صلاحيتهما

ونصت المادة السابعة من القانون رقم ٢٥ لسنه ٩٢٩ على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ، إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ، ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما ، فلا يجوز أن يكون أحد الحكمين امراة أو أكثر . والمراد بالعدالة المطلوبة فى الحكمين هو اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر مع كون صلاح الرجل أكثر من فساده وصوابه أكبر من خطئه . واشتراط كون الحكمين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، إنما هو لرجاء أن يكون للقرابة أثر على قبول ما ينصحان به الزوجين ، وأن يكون قولهما صادرا عن رغبة حقيقية فى إصلاح حالهما ، سواء أكان هذا الإصلاح عن طريق الصلح بينهما أم بإبداء الرأى بالموافقة على التفريق بينهما، فإذا لم يمكن اختيار حكمين من أقرباء الزوجين لأى سبب من الأسباب جاز اختيار الحكمين من غير الاقارب بشرط أن يكون لهما خبرة بحال الزوجين ، وقدرة على الاصلاح بينهما، حتى يمكن الاستفادة من تحكيمهما .

وقد أبانت المادة الثامنة مهمة الحكمين وهى، كما قلنا، مهمة شاقة تحتاج إلى خبرة وأهلية ، فقررت أن على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة ، قرراها.

سماع أقوال الزوجين

ومن نص المادة الثامنة يفهم أن على الحكمين ، لكى يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، أن يسمعا أقوالهما وأقوال جيرانهما وأقاربهما وكل من يمكن الاستفادة من سماع أقواله فى التعرف على أسباب النزاع الحقيقية بينهما ، كما أن بذل الجهد فى الاصلاح بين الزوجين، الذى نصت عليه المادة سالفة الذكر، يحتاج إلى عقد اجتماعات خاصة، تضم الأهل والأقارب ، وتعرض فيه جميع أسباب الخلاف . والحلول الممكنة لإصلاح الطرفين ، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها ، وحررا محضرا يبينا فيه اتفاق الطرفين على طريقة معينة لحسم النزاع بينهما ، وأرسلا هذا المحضر الموقع عليه . منهما ومن طرفى النزاع ، إلى القاضى ليقدر مايريانه .

رأى الحكمين ملزم

ورأى الحكمين ملزم للقاضى وعليه أن يحكم بمقتضاه وقد نصت المادة الحادية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ على ذلك ، اذ فيها أن على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى مايقررانه ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

وهذا واضح فيما إذا توصلا إلى طريقه يمكن بها الاصلاح بين الزوجين لكن إذا عجز الحكمان أو اختلفا ، فما هو الحكم الواجب إصداره فى الدعوى؟ وضحت ذلك المادتان التاسعة والعاشرة من القانون حسب البيان التالى :

مادة ٩ ـ إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال ، قررا التفريق بطلقة بائنة .

فالمادة صريحة فى أنه إذا عرف الحكمان أسباب الشقاق بين الزوجين وحاولا الإصلاح بينهما وعجزا عنه فلا يخلو الحال من أن يكون قد تبين لهما أن الاساءة من الزوج أو من الزوجة أو منهما ، أوأنهما لم يستطيعامعرفة المسيء إن كانت الزوجة أو الزوج؛ فنى جميع الأحوال، عدا الحالة التى يظهر فيها أن الإساءة من الزوجة وحدها، يقرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة ويطلبان الحكم بذلك من القاضى .

اما فى حالة ما إذا كانت الإساءة من الزوجة فإنهما يرسلان المحضر الذى جمعا فيه كل معلوماتهما عن النزاع . ويضمنانه رأيهما بأن الإساءة من الزوجة والقاضى يقرر رفض دعوى الطلاق فى هذه الحالة .

إذا اختلف الحكمان

اما المادة العاشرة فنصت على أنه إذا اختلف الحكمان ، أمرهما القاضى بمعاودة البحث ؛ فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وتوضيح ذلك أنه لو اختلف الحكمان فى الرأى فرأى أحدهما أن الإساءة مما تستوجب التفريق طبقا لهذا القانون بأن رأى الإساءة من الزوج أو من الزوجين أو أنه قد جهل الحال له . ورأى الآخر أن الإساءة من الزوجة فلا موجب للتفريق فنى هذه هذه الحالة يرفعان أمرهما إلى القاضى . ولم يبين القانون كيفية رفع الأمر إلى القاضى ، هل يكتب كل منهما للقاضى برأيه منفرداً عن الآخر ، أو يحرران محضرا موقعا عليه منهما يتضمن رأى كل منهما منسوبا إليه مع عدم موافقته على رأى زميله ؟

وفى رأيى أن الطريقة الثانية أولى بالاتباع . ونصت المادة على أنه متى علم القاضى أن الحكمين لم يتفقا فعليه أن يأمرهما بمعاودة البحث لعلهما يصلان إلى الاتفاق ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

والقانون قد سكت عن الحكم فيما إذا شجر الخلاف بين الحكمين الآخرين . والظاهر أنه يتبع معهما ما اتبع مع الحكمين السابقين عليهما ، فلا يستطيع القاضى إلا أن يأمرهما أيضا بمعاودة البحث ، فإذا استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما وهكذا .

نقد القانون

والحل الذى وضعه القانون للخلاف بين الزوجين بالطريقة المذكورة فى المادة العاشرة حل غير مجد ؛ لإننا إذا عرفنا أن الحكمين يختاران من أهل الزوجين إن أمكن ، ويكون احدهما من أهل الزوج ، والآخر من أهل الزوجة ، وأن طبيعة النفس الميل إلى مساعدة من تربطه به رابطة القرابة أو المصلحة ، أمكننا أن نتصور أن الخلاف بين الحكمين راجع ، فى الحقيقة ، إلى نظر كل واحد منهما فى مساعدة قريبه ، والعمل على تحقيق مصلحته ، دون نظر إلى الحق فى ذاته ، على أن نظر كل واحد منهما إلى الخلاف يختلف عن نظر الآخر إليه لطبيعة الروح التى تشبع بها والجو الذى يعيش فيه ، فيغلب ، مع اختلاف نفسية كل منهما ، ألا يتفقا على أمر ولهذا كثر اختلاف الحكمين .

والحل الذى ذكره القانون ، فى هذه الحالة ، هو أن يطالب القاضى من الحكمين معاودة البحث فإن استمر خلافهما استبدل بهما غيرهما لا يفيد ، لأن ما صادف من سبقهما قد يصادفهما فلا نكون قد جنينا غير طول الزمن ، والتمادى فى النزاع ، وتطويل أمد التقاضى . ولو أنه أعطى للقاضى سلطة ترجيح رأى أحد الحكمين والأخذ به بعد أن يستنفد جهده فى محاولة التوفيق بينهما وأمرهما بمعاودة البحث ، لكان هذا خيرا من إرسال حكمين آخرين . كذلك لو أباح القانون للقاضى فى حالة اختلاف الحكمين أن يرسل حكما ثالثا ينضم إليهما بشرط أن يكون من غير أهل الزوجين ليقرر الثلاثة

ما يرونه ، إما بالإجماع أو بالأغلبية ، والقاضى يحكم بمقتضى التقرير المرسل منهم إليه لكان هذا أيضا أجدى من الطريقة التى عالج بها القانون حالة اختلاف الحكمين ، وبالتالى عالج بها مشكلة طلب التطليق للضرر . فإن صعوبة إثبات الضرر وإقناع القاضى بأنه لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وعدم الوصول إلى نتيجة من إرسال الحكمين لما ذكرناه قد جعل الزوجات يحجمن عن رفع دعاوى التطليق للضرر وجعل الفائدة من إباحة التطليق فى هذه الحالة غير ظاهرة .

إذا لم يقتنع القاضى بتقرير الحكمين

نص المادة الحادية عشر صريح فى أن القاضى يتبع رأى الحكمين وأنه ليس له حق عدم تقريره إذا لم يقتنع به ، بخلاف الخبير الذى ينتدب لأية مأمورية ، فإن للقاضى أن يبحث فى تقريره ، ويأخذ به إذا اقتنع بصحته . وذلك لأن الحكمين ، فى هذه الحالة ، كالقاضى فمتى اتفقا على أمر وجب على القاضى تقريره . ولذلك فالقاضى يحكم بمقتضى تقرير الحكمين ؛ إما بتطليق الزوجة طلقة بائنة — إذا رأى الحكمان ذلك - أو برفض الدعوى إذا كان هو رأى الحكمين . وقد احتج مالك رضى الله عنه على أن للحكمين أن يقررا التفريق إن وجدا فيه صلاحا بقوله تعالى : «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا» . وهناك رأى لغير المالكية يفيد أنه لا يجوز للحكمين التقرير بالتفريق بين الزوجين إلا بإذن الزوجين أنفسهما .

تطبيق المحاكم للقانون

هذا وقد طبقت المحاكم الشرعية القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية فيما يختص بالطلاق للضرر بمرونة ، وأخذ القضاة بروح المشرع ، فتوسعوا فى فهم الضرر ، وضربوا أمثلة عديدة له فى أحكامهم بما يتفق ومقصد الشارع من هذا التشريع . ونثبت هنا ، على سبيل المثال ، بعض

أحكام صدرت سنة ١٩٦٨ من دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية للولاية على النفس فى موضوع الطلاق للضرر ومنها يطلع القارىء على طريقة فهم القضاء لروح المشرع ومقاصده .

بسم الله الرحمن الرحيم

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية
للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ٦/٥/١٩٦٨
برئاسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعده رئيس المحكمة
وعضوية الأستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعدالوهاب عفيفى القاضى
وبحضور الأستاذ محمد عبد الله محمدين وكيل النيابة
وحضور محب غزى سكرتير الجلسة

صدر الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٧٩ لسنه ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة
المرفوعة من / وداد أحمد على الشريف

ضـــد

سيد محمد عثمان بشأن طلاق

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية، وإبداء النيابة رأيها والمداولة قانونا .

وبما أن المدعية إقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى يومى ٣ / ١٢ ،

و٢٨٩/١٢/١٩٦٧ قالت فيها: إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ، ودخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ولاتزال على عصمته وطاعته للآن ، والمدعى عليه قد أساء معاشرتها أبلغ إساءة، من الاعتداء عليها ، والإهانة، مما لا يمكن معه دوام العشرة بين أمثالهما ، لأنه مجرم خطر مما أدى إلى اعتقاله مرارا وتكرارا، وآخر مرة فى الاعتقال مضى عليه فيها أكثر من سنتين ، وهى شابة فى مقتبل عمرها، وتخشى على نفسها بعده وقربه إليها ، لأنه خطر عليها وعلى المجتمع ، وقد سألته الطلاق بالطرق الودية فلم يمتثل ورفض ، مما يدل على تعنته . وبقاؤها على هذه الحالة يضر بالمدعية أكبر ضرر . ولهذا أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم لها على زوجها بطلاقها منه طلقه بائنة لسببين ، أولهما : سوء أخلاقه معها فى المعاشرة ، وثانيهما : وجوده فى المعتقل أكثر من سنتين ولا تعلم مدى هذا الاعتقال ، مع إلزامه المصاريف ، ومقابل أتعاب المحاماة . وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية فى ١٩/١٢/١٩٥٩ على صداق قدره ١٣ جنيها وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ٢٢/١/١٩٦٨ غيابيا وقبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومن بينها البينة ، أن زوجها ، المدعى عليه ، قد دخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ولازالت فى عصمته وطاعته إلى الآن ، وأنه دائم الاساءة إليها والاضرار بها ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وكثيرا ما يعتقل لخطورته على الأمن العام ، ويمكث فى المعتقلات فترات تزيد على السنة ، وأنها تتضرر من ، ذلك إذ أنها شابة وتخشى على نفسها الفتنة — ولينفى المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من محمد توفيق عباس ومحمد جلال الدين على أحمد ، وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه زوج للمدعية ،

من حوالى ثمانى سنوات ، ودخل عليها ، وعاشرها ، ولازالت فى عصمته وطاعته للآن ، وقد اعتقل أكثر من مرة لخطورته على الأمن العام ، إذ أنه نشال ، وله شهرة في الإجرام ، وصدرت ضده عدة أحكام ، ويمكث فى الاعتقال ، فى بعض الأحوال ، ثلاث سنوات ، ومدة عشرته للمدعية ، خلال فترة الزواج ، لم تزد على شهرين أو ثلاثة ، فغيابه عنهـــا فى فترات الاعتقال يعتبر هجرا . لأنها شابة تتضرر من ذلك ، وفى فترة وجوده معها يسيء معاملتها ، فيعتدى عليها ، لأنه سكير ، ويلعب القمار ، وفى إحدى المرات اعتدى عليها بمطواة فى زراعها ، ومازالت أثر الضربة بها إلى الآن . وقد سمع أنه هددها بالقتل والتشويه . وبسؤال الشـاهد الثـانى ذكر أقوالا لاتخرج ، فى مضمونها ، عن مجمل ماذكره الشاهد الأول ، وأضاف أن سبب اعتداء المدعى عليه على المدعية بالمطواة كان على أثر رغبته فى بيع آنية نحاسية كبيرة لها ، ورفضها هى ذلك .

وبمـا أن المدعى عليه حضر بعد ذلك بالجلسة فعرضت المحـكمة الصلح على الطرفين فقبل المدعى عليه ورفضت المدعية الدخول فى تجربة أخرى .

وبمـا أن المدعية ، بعد هذا ، طلبت القضاء بالتطليق .

وبمـا أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ محمد سلامه قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وانتهت إلى أنها ترى تطليق المدعية من المدعى عليه طلاقا بائنا .

وبمـا أن المحـكمة حجزت الدعوى للحكم بجلسة اليوم . وبمـا أن المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطالب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنه إذا ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما . ويرى المالـكية أن ثبوت الضرر يكون بالبينة

ويكفى فى البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء فى أن الزوج يضار زوجته . ولا يشترط أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين. ويكفى أن يقال : سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران . وقد استقر الفقه والقضاء على أن ضرر الزوج لزوجته أمر تقديرى يقدره القاضى بحسب مايرى من منزلة الزوجين ؛ وما يكون بين أمثالهما . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد : إن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز لها أن تطلب التطليق — ويجيز التطليق . وهو معيار شخصى لا مادى وأساس الطلاق للضرر أن من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر، ويحاول جهد طاقته أن يدفع الضرر عنه لتهنأ الحياة الزوجية بينهما ؛ لقوله تعالى «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » لأن قيام كل واحد منهما بحقوق الآخر قياما صحيحا . يؤدى إلى الدوام والبقاء . وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال فى حجة الوداع: « إن لكم من نسائكم حقا وان لنسائكم عليكم حقا » والزوجة إذا أدعت أن زوجها يضربها ، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ، ولا يستطاع معها دوام العشرة، أو يتصل شتمه لها من غير حق ، أو يأخذ مالها ، وأثبتت الزوجة ذلك ، ولو مرة واحدة ، طلقها القاضى من زوجها طلقة بائنة (مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الأولى المدنية — دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض. السنة الثالثة عشرة، العدد الثانى ص ٦٩٧، قاعدة ١٠٨، طعن رقم ١٦ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩) .

وبما أنه بإنزال حكم هذه القواعد على واقعة الدعوى يبين أنه قد ثبت للمحكمة من أقوال شاهدى الإثبات أن المدعى عليه زوج للمدعية يلحق بها

الضرر الكثير بإساءة العشرة والمعاملة والاعتداء الجسيم بآلة حادة عليها بسبب محاولتها منعه من بيع منقولاتها لقضاء أغراضه ، التي تنم عن سوء السلوك ، كما أنه يلحقها الضرر من قضاء معظم أوقاته في المعتقلات والسجن لخطورته على الأمن العام ؛ فزواج على هذا الوجه لا خير في التمسك به بأمل إنشاء حياة زوجية موفقة . والخير في وضع حد لمثل هذا الزواج . وعلى هذا طالما أنه قد ثبت للمحكمة الضرر الذي لا يمكن أن تحتمله طبيعة المدعية، وقد حاولت المحكمة الإصلاح بين الطرفين ولكنها لم توفق لعدم رغبة الزوجة الدخول في تجربة أخرى . ولذلك تكون شروط المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد توافرت، ويكون طلب التطليق في محله وتقضي به المحكمة بائنا .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه ، إذا خسر الدعوى عملا بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ وتدخل في ذلك أتعاب المحاماة .

وحيث أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة حضوريا بتطليق المدعية وداد أحمد على الشريف من زوجها المدعى عليه سيد محمد عثمان طلقة أولى بائنة ، وألزمت المدعى عليه المصاريف وخمسين قرشا مقابل أتعاب المحاماة ؟

رئيس المحكمة

إمضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الأمة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ١٩٦٨/٤/١٥

برياسة الأستاذ　　على مرزوق　　رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ　　محمد عبد الله محمدين　　وكيل النيابة

وحضور　　محب غزى　　سكرتير الجلسة

صدور الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٨٣ لسنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة

المرفوعة من أنعام على أبو إسماعيل

ضـــد

محمد مصطفى عمر　　بشأن طلاق

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية، وإبداء النيابة رأيها، فى الدعوى والمداولة قانوناً. وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر، فيجوز الحكم فى غيبته، عملا بنص المادة ٢٨٣ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١

وبما أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى ١٩٦٧/١٢/٢٤ قالت فيها : إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى الموثق

فى ١٩٦١/١٠/٤ ، ودخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزاوج ، ولاتزال على عصمته وفى طاعته حتى الآن. غير أنه تنكر لها أخيراً،وأخذ يسىء معاملتها، ويكثر من التعدى عليها بالسب والضرب والإيذاء حتىانتهى به الأمر،أخيراً، إلى اتهامها فى عرضها وشرفها ، ولم ينته الأمر به عند هذا الحد، بل فوجئت به فى شهر سبتمبر سنة ١٩٦٧ يحاول قتلها بأن طعنها بسكين حادة عدة طعنات كادت تودى بحياتها ، لولا لطف الله ورحمته ، التى تداركت المدعية فكتبت لها الحياة ، وقد قبض على المدعى عليه،واتهمته النيابة العامة فى قضية الجناية رقم ٩٧٥٢ لسنة ١٩٦٧ جنايات المطرية بالشروع فى قتل المدعية ، ولايزال التحقيق جارياً فى هذه الجناية، مستمراً حتى اليوم . وقد حبس المدعى عليه على ذمة هذه الجناية أكثر من شهر، ثم أفرج عنه السيد قاضى المعارضات لحين الانتهاء من التحقيقات فى تلك الجناية، ونظراً لأن دوام العشرة واستمرارها بين المدعية والمدعى عليه مستحيلة بعد أن اتهمها فى عرضها ، وبعد أن شرع فى قتلها، فإن المدعية تتضرر من استمرار العشرة بينهما وتطلب سماع المدعى عليه الحكم بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة أولى بائنة للضرر مع إلزامه المصاريف شاملة مقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ، طليقاً من قيد الكفالة . وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة عقد زواج المدعى عليه بالمدعية فى ١٩٦١/١٠/٤ . وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ١٩٦٨/١/٨ غيابياً وقبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية ،بكافة طرق الإثبات القانونية،ومن بينها البينة ، أنها ، وهى زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى،وفى طاعته وعصمته، اعتاد الاعتداء عليها بالضرب وتوجيه عبارات وألفاظ السباب والإساءة إليها فى العشرة ، وأن الحال أصبح لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ولينفى المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من ، على حنفى ،وإبراهيم السيد

خليل — وبسؤال الأول قرر أنه يسكن بجوار منزل الزوجية وأنه يشهد بأن المدعى عليه تزوج المدعية ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج، وفى خلال السنتين الأخيرتين لاحظ أنه دائماً يعتدى عليها بالضرب والسب والشتم، ويتهمها فى عرضها، ومن حوالى خمسة أشهر ضربها بسكين ونقلت إلى المستشفى ومكثت به تعالج حوالى شهر وبسؤال الشاهد الثانى ردد الأقوال التى ذكرها الشاهد الأول وأضاف إليها أنه حضر شجاراً سابقاً على الاعتداء بالسكين شاهد فيه المدعى عليه وهو يمسك برقبة المدعية، ويضعها على جهاز البوتاجاز، وقد هرب المدعى عليه بعد حادث الاعتداء بالسكين، ودائماً يسأل عنه رجال المباحث.

وبما أن المدعية بعد ذلك طلبت الحكم لها عليه بالتطليق، وبما أن المدعى عليه لم يحضر، ومن ثم لم توفق المحكمة إلى عرض الصلح على الطرفين، وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ حسن محمد منسى قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وقالت إن ما أثاره المدعى عليه من اعتداء على المدعية قد وصل حداً من الضرر لا يمكن احتماله. ولهذا فالنيابة ترى الحكم بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه طلقة بائنة وإلزامه المصاريف. وبما أن المحكمة حجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم.

وبما أن المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، ومعنى ذلك أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها يضربها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها، ولا يستطاع معها دوام العشرة، أو يقطع كلامه عنها، أو يحول وجهه عنها، او يؤثر امرأة عليها فى الكلام، او يمنعها من زيارة والديها، أو يتصل شتمه لها من غير حق، أو يأخذ مالها، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر، فان أثبتت

الضرر طلقها القاضى من زوجها طلقة بائنة. ويرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالبينة ويكفى فى البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء فى أن الزوج يضار زوجته ، ولا يشترطون أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين . ويكفى أن يقال : سمعنا سماعا فاشياً مستفيضاً على ألسنة النساء والخدم والجيران . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد : إن الشارع اشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، وتقول فى حكم آخر : إنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب، والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون فى تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق لإضرار الزوج بزوجته يكون بطلقة بائنة (الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور أحمد الغندور الطبعة الأولى أغسطس سنة ١٩٦٧ ص ١٣٥ شرح الحطاب الجزء الرابع ص٣٣، مجموعة أحكام النقض الصادرة من الدائرة المدنية السنة الثالثة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ أحوال شخصية ص ٤٨٢ قاعدة ٧٣ جلسة ١٨/٤/١٩٦٢ ، والسنة الرابعة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٤ لسنة ٣٢ أحوال شخصية ص٥١، (قاعدة ٧٣ جلسة ١٠/٤/١٩٦٣)

وبما أن المحكمة تستظهر من أوراق الدعوى ومستنداتها والتحقيق الذى أجرى بها أن المدعى عليه دائم الاعتداء بالضرب والسب والشتم على زوجته المدعية ، وقد ثبت من أقوال شاهدى الإثبات أنه اعتدى عليها بالسكين، ونقلت للمستشفى للعلاج ، وكثيراً ما يوجه إليها ألفاظ الإهانة والسباب، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن عناصر المادة السادسة قد توافرت فى الدعوى ويكون طلب التطليق محل رعاية المحكمة وتقضى به بائنا .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى العام إذا خسر الدعوى، عملا

بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ويدخل فى ذلك الأتعاب .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة غيابيا بتطليق المدعية أنعام على إسماعيل من زوجها المدعى عليه محمد مصطفى عمر طلقة بائنة وألزمت المدعى عليه بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماة ورفضت طلب النفاذ ؟

رئيس المحكمة
إمضاء

صدر هذا الحكم وتلى علنا بجلسة ١٩٦٨/٤/١٥ بالقضية المذكورة وسمع المرافعة ووقع على أسبابه كل من الأستاذ متولى سعده رئيس المحكمة وعضوية الأستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعبد الوهاب عفيفى القاضى ؟

رئيس المحكمة
إمضاء

التطليق لغيبة الزوج أو حبسه

أوضح القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ — الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية — الأحوال التى يجوز فيها للزوجة أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا. وقد خالف هذا القانون فى ذلك بعض مانص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وذلك فى المواد (١٢ ، ١٣ ، ١٤) حسب التفصيل الآتى :

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مادة — ١٢ — إذا غاب الزوج سنة ، فأكثر ، بلاعذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا ، إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

شرح القانون

نص المادة السابقة يبيح للزوجة، إذا غاب عنها زوجها، سنة، فأكثر، بلاعذر

مقبول أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ، سواء كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، أو ليس له مال . إما الغياب لطلب العلم أو للتجارة ، أو انقطاع المواصلات ؛ فإن الغياب فى هذه الأحوال وأمثالها فهو غياب بعذر مقبول ومن ثم فلا بد من تحقق ما يأتى :

١ — الغيبة سنة فأكثر ، وذلك بالإقامة فى بلد آخر خلاف بلد الزوجة ، فلا طلاق إذا كان الغياب لم يستمر سنة كاملة ، وكذلك إذا كان غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر مع إقامتهما فى بلدة واحدة .

٢ — أن يكون الغياب بغير عذر مقبول .

٣ — أن تتضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ... فإذا ثبت من شهودها ، أو شهوده أنها غير متضررة من بعده عنها لم يحكم بطلاقها .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضى الله عنه وقد شرحت المذكرة التوضيحية للقانون وجهة الأخذ به فقالت :

« كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول (كطلب العلم ، أو التجارة ، أو لانقطاع المواصلات) ثم هو لا يحمل زوجته إليه . ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجا غيره . ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف ، أمر لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب ، وإن ترك لها الزوج ما تستطيع الإنفاق منه وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب . وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعى محتم ، ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها ... »

إعذار القاضى للزوج

مادة ١٣ — إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى

أجلا ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه، أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل .

شرح القانون

شروط ضرب الأجل للغائب

ضرب الأجل للغائب مشروط بالآتى :

١ — أن يكون مكانه معلوما .

٢ — أن يكون فى الإمكان وصول الرسائل إليه بإحدى الطرق المتعارف إرسال الرسائل بها . والأفضل أن يكون ذلك عن طريق رسمى ، وهو طريق سفارات الدولة فى الخارج إذا كان غائبا خارج حدود الدولة — أو بطريق قلم المحضرين ، أو بطريق البريد المسجل ، إذا كان داخل الدولة . فإن كان غير ممكن وصول الرسائل إلى الغائب، بأن كان فى مكان لا تصل إليه الرسائل، أو كان مجهول المحل بحيث لا يهتدى إلى عنوانه، ليمكن ايصال الرسائل إليه، فان القاضى يطلق زوجته منه بلا إعذار وضرب أجل .

وضرب الأجل بعد ثبوت الدعوى إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب والإعذار اليه يتضمن تخييره بين أحد أمور ثلاثة هى :

١ — حضوره للإقامة معها .

٢ — نقلها إليه .

٣ — تطليقها .

فإن فعل واحدا منها أنهى الخصومة فى قضية الطلاق، وإن لم يفعل بعد انقضاء الأجل ، ولم يبد عــــذرا مقبولا ، فرق القاضى بين الزوجين بتطليقة بائنة .

الغائب الذى انقطعت أخباره

اشترطت المادة الثالثة عشرة أن يكون الغياب بلا عذر مقبول. ويكفى فى هذه الحالة ألا يقدم نائب عن الزوج ما يثبت أن غيابه بعذر مقبول ، فعبء الإثبات فى أن الغياب بعذر مقبول هو على عاتق المدعى عليه فى هذه الحالة. أما المدعية وهى الزوجة فيكفى فى ثبوت دعواها عدم ثبوت أن الغياب بعذر مقبول، بأن كان الزوج غائبا ولا يعرف سبب غيابه لجهل حالته، وانقطاع أخباره؛ فمن غاب ، وانقطعت أخباره ، ولم تعرف حياته من مماته ، ورفعت عليه زوجته دعوى تطالب بالحكم لها عليه بتطليقها منه للغيبة ، إذا لم يحضر من ينوب عن المدعى عليه (الزوج) ويدفع الدعوى بأن العذر الذى من أجله غاب الزوج هو عذر مقبول ، ويثبت ذلك بإحدى وسائل الإثبات الشرعية، فإن القاضى يحكم بتطليق الزوجة من هذا الزوج الغائب طلقة بائنة بدون إعذار ولا ضرب أجل .

تطليق زوجة المحبوس :

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس، المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب إلى القاضى ، بعد مضى سنة من حبسه ، التطليق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

شرح القانون

رأت المادة الرابعة عشرة قياس حالة الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين على حالة الزوج الغائب . وقد بينت المذكرة التوضيحية للقانون حكمة هذا القياس فقالت :

« والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر ، يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها ، كما يساوى الأسير فى ذلك، فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره ،

أو قهرا عنه ، بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها » .

شروط هذه الدعوى

اشترطت المادة الرابعة عشرة للحكم للزوجة بالتطليق على زوجها المحبوس ما يأتى : —

١ — أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ونفذ الحكم .

٢ — أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين فأكثر ، فإذا حكم عليه بأقل من ثلاث سنين فلا تقبل الدعوى ، وترفض .

٣ — أن يكون الحكم نهائياً ، فإذا كان الحكم غير نهائى بأن كان قابلا للطعن عليه بأحدى طرق الطعن القانونية فلا تقبل الدعوى .

٤ — أن يكون قد أمضى فى الحبس سنة فأكثر، فقبل مضى سنة من تاريخ الحبس لايجوز رفع دعوى الطلاق ، ولا الحكم به .

والتطليق ، فى هذه الحالة ، بدون إعذار ، ولا ضرب أجل ، لعدم الفائدة منه ، فإن الضرر قد تحقق فعلا ، ولا يملك الزوج رفعه ؛ لأنه مقيد الحرية .

ولا يقال : إن الوفاء يقضى بأن تنتظر الزوجة مضى مدة الحبس ، وبخاصة فى حالة ما إذا كان للزوج ماتستطيع الإنفاق منه ، لأن القانون لم يمنع الزوجات من الوفاء لأزواجهن ، فمن وازنت بين الوفاء لزوجها ، وبين الضرر الذى ينالها من بعده عنها ، ورأت ألا تطلق منه كان لها ذلك ، ومن تضررت ، وآثرت تطليقها منه ، جاز لها رفع دعوى الطلاق ، وحكم القاضى لها به .

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

ماتقدم كان موقف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من التفريق وقد تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ للتفريق بالعيب فى المواد (٩ ، ١٠ ، ١١) كما تعرض للتفريق للغيبة والإعسار فى المواد (٤ ، ٥ ، ٦) منه وذلك على التفصيل الآتى :

التطليق للعجز عن النفقة

مادة ٤ — إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر ، أو موسر ، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبته طلق عليه حالا ، وإن أثبته أمهله مدة لاتزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

أبانت المادة سالفة الذكر أن الزوجة إذا امتنع زوجها من الإنفاق عليها ، ويظهر ذلك من صدور حكم لها عليه بالنفقة وامتناعه عن تنفيذ هذا الحكم ، فللمرأة إذا تضررت من ذلك ، أن ترفع الدعوى ضد هذا الزوج تطالب بالتطليق . ثم بينت المادة متى يحكم للزوجة بالتطليق حالا ، ومتى يمهل الزوج ، ومدة هذا الإمهال حسب البيان التالى : -

١ - ترفض الدعوى

إذا رفعت المرأة دعواها ضد زوجها طالبة الطلاق منه ، لأنه لاينفق عليها وتبين للمحكمة أن للزوج مالا ظاهراً ، فلا يحكم للزوجة بطلباتها ، بل ترفض دعواها ، وينفذ حكم النفقة الصادر لها عليه فى ماله الظاهر .

٢ - تقبل الدعوى ويحكم بالطلاق حالا

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر معلوم يمكن تنفيذ حكم النفقة الصادر

للزوجة منه، وجاء الزوج أومن ينوب عنه أمام القاضى،ولم ينكر الدعوى ، ولم يقل إن سبب امتناعه هو إعساره كما لم يقل إنه موسر ، وأصر على عدم الإنفاق، فيحكم القاضى بالطلاق فوراً ؛ لأن هذا إضرار بالمرأة وظلم من الزوج. والظاهر صدقها فيما تدعيه . وكذلك يطلق القاضى الزوجة من زوجها حالا ، إذا ادعى الزوج أنه عاجز عن الإنفاق لأسباب طارئة، ولم يستطع أن يثبت هذا العجز ؛ إذ يكون فى هذه ظالماً مضاراً لزوجته .

٣ ـ إمهال الزوج فترة زمنية

وإذا ادعى الزوج أنه، لأسباب طارئة، أصبح عاجزاً عن النفقة ، لكنه مستقبلا سيصبح قادراً ، واستطاع أن يثبت أنه عاجز لا مماطل ، ولا متعمد الإضرار ، أمهله القاضى مدة حدها الأقصى شهر ، فإن استطاع أن يحضر النفقة التى يقدرها عليه القاضى ، فى الموعد المضروب له ، رفضت دعوى الطلاق ، وإن لم ينفق طلق القاضى عليه بعد ذلك .

لا يتكرر الأجل :

نص المادة صريح فى منع القاضى من تكرار الإمهال ـ فقد أبانت أن مدة الإمهال لاتزيد على شهر ، وأوجبت على القاضى أن يطلق على الزوج بعد انتهائها .

مادة ٥ ـ إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر، وأعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر الإنفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ،

أو كان مفقوداً ، وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى .
وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

شرح القانون

أبانت المادة المذكورة أن الغائب إن كانت غيبته قريبة، وكان له مال ظاهر ، وطلبت زوجته التطليق عليه لعدم إنفاقه عليها ، وأثبتت ذلك بأن كان لها عليه حكم بالنفقة ، ولم تستطع تنفيذه ، فموقف الغائب ، فى هذه الحالة ، هو كموقف ادعاء الزوجة على زوجها الحاضر الامتناع عن الإنفاق عليها وكان له مال ظاهر ، ففى كلتا الحالتين يأمر القاضى بتنفيذ حكم النفقة الصادر للزوجة فى مال زوجها الظاهر المعروف ، ولا تطلق عليه فى هذه الحالة .

الإمهال

أما إذا لم يكن للغائب ، قريب الغيبة ، مال ظاهر ، فالقاضى يعذر إليه بالطرق المعروفة ، إما بواسطة الشرطة (البوليس) أو بإعلان على يد محضر ، أو بخطاب بالبريد موصى عليه ، ويضرب له ، فى هذا الإعذار ، أجلا للإنفاق فيه على زوجته ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

التطليق حالا

أما إذا كان الغائب ، بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها .
وعبء الإثبات لهذه المسائل كلها ـ من بعد الغيبة ، وعدم سهولة الوصول إليه ، وجهالة محل إقامته ، وإثبات أنه مفقود ، وإثبات أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها ـ يقع شرعا ، على عاتق المدعية ، وهى الزوجة ؛ ففى الحالات المذكورة ، إذا ثبتت ، يطلق القاضى الزوجة على زوجها حالا . وقد ألحقت الفقرة الأخيرة للمادة الخامسة المسجون ، الذى يعسر بالنفقة ، بالغائب فى كل ما ذكر من أحكام .

وقد أبانت المادة عن تفسير الغيبة البعيدة ، بأنها هى التى يكون الشخص فيها غير معروف المكان ، أو فقد ولا يعلم أحى هو أو ميت ، أو يكون فى مكان لا يمكن وصول الإعلانات إليه .

الطلاق للإعسار رجعى

وأبانت المادة السادسة أن الطلاق لعدم الإنفاق يقع رجعياً ونصت على أن للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره، واستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للإنفاق ، لم تصح الرجعة . ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جعل التطليق للغيبة يقع بائنا لا رجعيا بالشروط التى سبق بيانها، ولذلك إذا طلبت الزوجة من القاضى أن يطلقها للغيبة وللإعسار تطبيقا لمواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان عليه أن يطبق المادة الخامسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة الثانية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد طبق ذلك فعلا فى قضاء الأحوال الشخصية فى الجمهورية العربية المتحدة . وفيما يلى نموذج لذلك :

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الأمة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ١٩٦٨/٥/٦
برياسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعده رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ على مرزوق رئيس المحكمة وعبدالوهاب عفيفى القاضى
وبحضور الأستاذ محمد عبدالله محمدين وكيل النيابة
وحضور الأستاذ محب غزى سكرتير الجلسة

صدر الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٤٨ سنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة.
المرفوعة من بدرية محمد أحمد أبو العلا

ضـــد

سعيد الأخضر محمد قاسم بشأن طلاق

المحكمـــة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية ، وإبداء النيابة رأيها والمداولة قانوناً. وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر. فيجوز للمحكمة أن تحكم فى غيبته عملا بنص المادة ٢٨٣ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وبما أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى ١٨/١١/١٩٦٧ قالت فيها: إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ، ولم يدخل بها حتى الآن ، ولاتزال بعصمته وطاعته ، وهى آنسة ويخشى عليها من الفتنة . والمدعى عليه فقير معسر ، ولا تعلم له محل إقامة ، وغائب عنها منذ عقد الزواج فى ١٤/١٠/١٩٦٥ للآن، وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه ، وقد طالبته بتطليقها منه للغيبة والإعسار فامتنع بغير حق ولا وجه شرعى .لذلك تدعى المدعية على المدعى عليه بما ذكر ، وتطلب تطليقها من المدعى عليه للغيبة والإعسار ، وعدم وجود مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه ، وإلزامه المصاريف والأتعاب ، وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة عقد زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٥ على صداق قدره خمسون جنيها .

وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ١٩٦٨/٢/٥ غيابياً ، وقبل الفصل فى الموضوع ، بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية ، بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومن بينها البينة ، أن زوجها المدعى عليه ، بعد أن عقد عليها ، تركها ، ولم يدخل بها ، ولازالت فى عصمته وطاعته ، وغاب عنها إلى جهة غير معلومة لها ، دون نفقة ولا منفق ، وأنه فقير معسر لا مال له تستطيع الأخذ منه للإنفاق — وليننى المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من يحيى محمد حسن وإبراهيم عبد الحميد إبراهيم . وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه عقد قرانه على المدعية من سنتين، وقد شاهده فى ظروف ذلك ، ثم تركها بعد هذا ، دون أن يدخل بها ، إلى جهة مجهولة ، وقد بحثت عنه فلم تجده ، وظل فى مكانه المجهول طيلة هذه المدة دون أن ينفق عليها ، أو يحيلها على أحد للإنفاق ، أو يرسل إليها من مكان غيابه مايعينها على الإنفاق . وهو ، فى نفس الوقت، فقير معسر لامال له ولاملك تستطيع أن تأخذ منه للإنفاق . فقد كان وقت وجوده بائعاً ، متجولا ، يتكسب خمسين قرشا يوميا . وبسؤال الشاهد الثانى ذكر أقوالا لاتخرج فى مجموعها عن مجمل ماذكر الشاهد الأول .

وبما أن المدعية طلبت ، بعد هذا ، القضاء لها بالتفريق . وبما أن المدعى عليه لم يحضر لدفع الدعوى أو إبداء ما يناقضها . وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ عصام محمد خشبة قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى ، وانتهت إلى أنها ترى الحكم بتطليق المدعية من المدعى عليه طلاقا بائنا .

وبما أن المحكمة حجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

وبما أن المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تنص على أنه إذا كان الزوج بعيد الغيبة، ولا يمكن الوصول إليه، أو كان مجهول المحل ، أو كان

مفقودا وثبت أنه لامال له، تستطيع أن تنفق منه الزوجة على نفسها طاق عليه القاضي. ويعرف الشراح الغيبة البعيدة بأن يكون الشخص فيها غير معروف المكان أو فقد ولا يعلم أحى هو أم ميت، أو الذى لا يمكن وصول الاعلانات إليه ومن المقرر فى مذهب الإمام مالك ـ الذى أخذ منه القانون أحكام التطليق فى حالة الغيبة والإعسار ـ أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها غائب عنها ، ولم يترك لها نفقة ، وليس له مال تنفق منه ، وطلبت التطليق لذلك ، وكانت الغيبة بعيدة ، وأثبتت الزوجة وقائع دعواها من غيبة زوجها غيبة بعيدة ، وعسره ، فإن القاضى يطلقها عليه فى الحال ، بدون تلوم ولا إعذار . ونصت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ومانص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

وبما أنه بإنزال حكم هذه المادة على واقعة الدعوى يتبين أن المدعى عليه زوج للمدعية ، ولازالت على عصمته، وفى طاعته للآن، وقد ثبت من أقوال شاهدى الإثبات أنه غاب عنها منذ أكثر من سنتين إلى جهة غير معلومة ، وقد بحثت عنه فلم تجده، وأنه معدم فقير معسر لا مال له ولا ملك تستطيع أن تأخذ منه للإنفاق . وهو لم ينفق عليها خلال المدة السابقة ، ولم يحلها على أحد للإنفاق ، ولم يرسل إليها من مكان غيابه ما يفيها .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه إذ خسر الدعوى عملا بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣٠ ويدخل فى ذلك الأتعاب .

وبما أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة، غيابيا ، بتطليق المدعية بدرية محمد أحمد أبو العلا من

زوجها المدعى عليه سعد الأخضر محمد قاسم طلقة أولى بائنة وألزمت المدعى عليه المصاريف وخمسين قرشا مقابل أتعاب المحاماة .

ملاحظات :

أولا : ماتقدم هي حالات التطليق التي تعرض لها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهناك حالات سكت عنها كل من القانونين المذكورين ، وتثبت فيها البينونة من غير توقف على قضاء القاضي ، كالإيلاء ، أو تكون بتفريق القاضي كاللعان ، فهذه الحالات يكون الحكم فيها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . وذلك تطبيقا للمادة (٢٨٠) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ثانيا : إذا شك الزوج في أصل الطلاق ، بأن لم يعلم يقينا هل طلق زوجته أو لم يطلقها ، فشكه هذا لايثبت به طلاق ، فاليقين لايزول إلا بيقين مثله ومتى كان الزواج ثابتا بيقين ، فلا يزول بمجرد الشك في حصول الطلاق . ولذلك تستمر الزوجة زوجة ولايحكم بطلاقها إلا إذا طلقها زوجها بيقين.

وإذا شك الزوج في عدد الطلقات فإنه يحكم بالأقل ؛ لأنه في هذه الحالة موقن بوقوع طلاق ، ولكنه لايدري عدده ؛ فإذا كان التردد بين طلقة وثنتين ، حكم بواحدة ، وإن كان التردد بين ثنتين وثلاث ، حكم بثنتين ؛ لأن ذلك هو الثابت بيقين . وإذا كان الشك في صفة الطلاق أرجعي هو أو بائن فإنه يحكم بالأضعف وهو الرجعي ؛ لأنه المتيقين .

الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف

المذهب الحنفي

تنجيز الطلاق :

هو تحقيقه في الحال ، فيقع بمجرد التلفظ بعبارته ، وذلك كقول الزوج لزوجته : أنت طالق ، أو أنت بائن .

تعليق الطلاق :

وتعليق الطلاق على أمر هو : ربط حصوله بذلك الأمر بأدوات الشرط أو مافى معناها . وأدوات الشرط هى : إن ، وإذا ، وكلما ، وماشابهها؛ فالتعليق بأداة الشرط الصريحة مثل أن يقول لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق . والتعليق بما فى معنى أداة الشرط ، كأن يقول الرجل: المرأة التى أتزوجها طالق ، فإنه على معنى قوله : إذا تزوجت امرأة فهى طالق .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل :

وإضافة الطلاق إلى زمن مستقبل هو ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط أو مافى معناها ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق غدا ، أو يقول : أنت طالق أول الشهر القادم. والطلاق المضاف إلى زمن مستقبل، والمعلق على أمر، يشتركان فى عدم الوقوع للحال، فالطلاق المضاف الى زمن لا يقع الا عند مجيء ذلك الزمن بشروط نفصلها فيما بعد، وكذلك الطلاق المعلق لا يقع الا بعد تحقق الأمر المعلق عليه ومن ثم فهما يفترقان فيما يأتى :

الفرق بين التعليق والإضافة :

يفرق بين الطلاق المعلق والطلاق المنجز من عدة وجوه :

أولا : التعليق يكون على أى أمر من الأمور ، سواء أكان فعلا من أفعال الزوج ، أو الزوجة ، أو غيرهما ، أم كان من الأمور الكونية التى لا دخل فيها لأحد من الناس ، أم كان زمنا . من الأزمنة ... أما الإضافة فإنها تكون الى الزمن المستقبل على سبيل التحديد .

ثانيا : التعليق يكون بعبارة مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ماهو فى معناها . أما الإضافة إلى زمن مستقبل فليست كذلك .

ثالثا : فى التعليق على أمر لا يقع الطلاق فيه إلا بعد تحقق ذلك الأمر تماما.

أما فى اضافة الطلاق الى زمن مستقبل فان الطلاق يقع مع أول جزء من أجزاء وجود ذلك الزمن مع ملاحظة أنه إذا علق الطلاق على زمن مستقبل فانه لا يقع إلا بعد تحقق أول جزء من ذلك الزمن . ولهذا فرق الفقهاء بين قول الرجل لعبده : أنت حر ، غدا، وبين قوله : إذا جاء الغد فأنت حر ، وكان الغد هو عيد الفطر ؛ فقالوا فى حالة الإضافة الى الزمن «أنت حر غدا» يعتق العبد مع أول جزء من أجزاء الغد، ولا تجب على السيد صدقة فطره ؛ لأنه حر من أول اليوم . أما فى حالة تعليق حريته على مجيء الغد، فلا يعتق العبد الا بعد تحقق أول جزء من الغد . ومن ثم تكون صدقة فطره واجبة على السيد ؛ لأن أول جزء من الغد قد جاء وهو مملوك .

رابعا : التعليق عند فقهاء الحنفية يمنع انعقاد السبب ؛ فقد قالوا : المعلق بالشرط لا ينعقد سببا حقيقة وإن انعقد صورة، فإذا قال رجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق، فكأنه لم يتكلم بقوله : أنت طالق قبل دخولها الدار، فحين يوجد دخول الدار يوجد الشرط أى يوجد التكلم بقوله : أنت طالق، لأن الإيجاب لا يوجد إلا بركنه، أى حين يوجد الشرط، وهو دخول الدار، ولا يثبت إلا فى محله . وههنا وإن وجد الركن وهو أنت طالق لكن لم يوجد المحل ؛ لأن الشرط حال بينه وبين المحل فبقى غير مضاف إليه ، أى غير متصل بالمحل وبدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا فى الشرط أصالة وقصدا ... فصيغة الطلاق التى جعلها الشارع سببا فى وقوعه يتوقف انعقادها — فى الطلاق المعلق على أمر — على تحقق ذلك الأمر ، فبتحققه تنعقد السببية ويترتب أثرها عليها ، ويكون المعلق، عندئذ، بمثابة المنجز . أما فى الإضافة فإن الصيغة تنعقد سببا بمجرد التلفظ بها ، ولكن لا يترتب عليها اثرها الا بمجيء الزمن المضاف اليها .

ومما تقدم يعلم أن صيغة تنجيز الطلاق تنعقد ، ويترتب أثرها عليها

فور التلفظ بها ، وأن صيغة التعليق يتأخر فيها الأمران جميعاً حتى يتحقق الشرط المعلق عليه . أما صيغة الإضافة فتنعقد سببا فى الحال . وأثرها هو الذى يتأخر إلى مجيء الزمن المضاف إليه .

الطلاق المنجز

شروط صحة التنجيز :

يشترط الأحناف لصحة تنجيز الطلاق أن يكون فى حال قيام الزوجية الصحيحة ، أو فى أثناء العدة من طلاق رجعى أو بائن : ويلحق بذلك عدة الفسخ بسبب الردة ، أو بسبب الإباء عن الإسلام، حيث يصح فيها تنجيز الطلاق .

فإن كان التنجيز فى غير ذلك كان باطلا ؛ مثل أن يقول الرجل لأجنبية: أنت طالق : فهو كلام لغو؛ لأنه ليس بينهما حل ، ولا قيد زوجية ، حتى يرتفع بالطلاق . ويدل على هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ؛ ولا عتق فيما لا يملك ؛ ولا طلاق له فيما لا يملك[1] »

قال صاحب البدائع[2] : « وأما الذى يرجع إلى المرأة فمنها: الملك أو علقة من علائقه، فلا يصح الطلاق إلا فى الملك أو فى علقة من علائق الملك ،وهى عدة الطلاق، أو مضافا إلى الملك. وجملة الكلام فيه: أن الطلاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً، وإما أن يكون تعليقاً بشرط، إما أن يكون إضافة إلى وقت .

أما التنجيز فى غير الملك ، والعدة ، فباطل ، بأن قال لامرأة أجنبية : أنت طالق أو طلقتك ؛ لأنه إبطال الحل ، ورفع القيد ، ولا حل ولا قيد فى الأجنبية ، فلا يتصور إبطاله ، ورفعه : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق قبل النكاح » . وإن كانت منكوحة الغير وقف على إجازته عندنا خلافا للشافعى والمسألة تأتى فى كتاب البيوع » .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذى والبيهقى وغيرهم. وقال فيه الترمذى: إنه حديث حسن وهو أحسن شيء روى فى هذا الباب . وقال البيهقى : هو أصح شيء فى هذا الباب وأشهره .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١٢٦

الطلاق المعلق

تعليق الطلاق :

تعليق الطلاق نوعان :

(الأول) تعليق فى الملك أو فيما هو فى حكم الملك .

(الثانى) تعليق على الملك نفسه أو على سببه .

فالتعليق فى الملك أن يقول الرجل لزوجته ، أو لمعتدة الطلاق الرجعى : إن دخلت الدار فأنت طالق . ومثال التعليق فيما هو فى حكم الملك أن يقول مثل القول السابق لمعتدة من طلاق بائن : « إن دخلت دار فلان فأنت طالق » فإن عدة البائن — وإن لم يكن فيها زوجية — يمكن أن يقع فيها طلاق ، لأنه تثبت فيها بعض الأحكام ، فيصح أن يعلق فيها الطلاق .

أما التعليق على الملك أو على سببه فهو كأن يقول الرجل للأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق، أو يقول لها : إن ملكت عصمتك فأنت طالق ، ففى العبارة الأخيرة : « إن ملكت عصمتك فأنت طالق » تعليق للطلاق على الملك نفسه ، وفى العبارة الأولى: « إن تزوجتك فأنت طالق » تعليق للطلاق على سبب الملك ، وهو الزواج ، فإن عقد الزواج هو سبب ملك العصمة ولا خلاف بين أئمة المذاهب فى صحة التعليق فى الملك . إنما الخلاف بينهم فى التعليق على الملك أو على سببه .

فالحنفية يقولون بجوازه وترتب أثره عليه، فهو نوع من اليمين لا تتوقف صحته إلا على تحقق الأهلية . فأما المحلية فليس تحققها بشرط لصحة التعليق، متى كان المعلق عليه هو المحلية نفسها . ولا فرق بين تعليق الطلاق على الزواج وتعليق شىء آخر عليه بطريق النذر أو اليمين بالله : كأن يقول : « لله على ، إذا تزوجت ، ان أصوم ثلاثة أيام » أو يقول: « والله إن تزوجت لأتصدقن

على الفقراء بثلاثين جنيها ، فإذا تحقق الشرط وهو الزواج فإنه يتحقق ما علق عليه من الطلاق وغيره .

قال صاحب البدائع :[1]«وأما التعليق بشرط فنوعان : تعليق فى الملك، وتعليق بالملك . والتعليق فى الملك نوعان : حقيقى وحكمى. أما الحقيقى فنحو أن يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، أو إن كلمت فلانا ، أو إن قدم فلان ونحو ذلك ، وإنه صحيح بلا خلاف ؛ لأن الملك موجود فى الحال ، فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ؛ فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط، فيحصل ما هو المقصود من اليمين ، وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط . فصحت اليمين .ثم إذا وجد الشرط والمرأة فى ملكه ، أو فى العدة ، يقع الطلاق ، وإلا ، فلا يقع الطلاق ، ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء . حتى لو قال لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فدخلت الدار وهى فى ملكه طلقت ، وكذا إذا أبانها ، قبل دخول الدار، فدخلت الدار وهى فى العدة عندنا ؛ لأن المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا . وإن أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ، ثم دخلت الدار، لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة ، ولكن تبطل اليمين، حتى لو تزوجها ثانياً ودخلت الدار لا يقع شىء ؛ لأن المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز، والتنجيز فى غير الملك والعدة باطل ؛ فإن قيل : أليس أن الصحيح إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم جن فدخلت الدار يقع طلاقه ، ولو نجز فى تلك الحالة لا يقع ؟ فالجواب من وجهين :

أحدهما : أن التطليق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده ، وقد وجدت .

والثانى : أننا إنما اعتبرناه تنجيزاً حكماً وتقديراً، والمجنون من أهل أن يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم ؛ فإن العنين إذا أجل ، فمضت المدة ، يفرق القاضي بينهما ، ويكون ذلك طلاقاً ، فاطرد الكلام بحمد الله تعالى» .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٦

شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة تعليق طلاق المرأة فى كل من الحالتين الآتيتين ما يأتى :

أولا — تعليق طلاق غير الزوجة

إذا كان تعليق الطلاق واقعاً على امرأة أجنبية عن المعلق ، فيشترط لصحة التعليق أن يكون التعليق على ملك العصمة ، أو على الزوجية ، وأن يكون التعليق بعبارة صريحة اذا كانت المرأة معينة بالإشارة او بالاسم والنسب. فالتعيين بالإشارة: أن يقول مشيراً لامرأة أمامه، عينها بإشارته : إن تزوجت هذه المرأة فهى طالق . والتعيين بالاسم والنسب أن يقول : إن تزوجت فلانة بنت فلان فهى طالق . ففى هاتين الحالتين تطلق المرأة المشار إليها ، أو المعينة بالاسم والنسب ، بمجرد العقد عليها . أما لو كان التعليق بعبارة غير صريحة فى هذه الحالة فلا يقع الطلاق بتزوج المعلق من المرأة التى علق طلاقها بعد التعليق، وذلك مثل أن يقول : هذه المرأة التى أتزوجها طالق . أو يقول : فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق، فإنها لا تطلق بتزوجها ؛ لأن تعيينها هكذا، تعييناً كاملا، يجعل العبارة تنجيزاً . ويكون وصفها بقوله ؛ « التى أتزوجها » وصفا لفظا ومعنى ، لا تعليقاً معنويا ؛ فكأنه قال : هذه طالق ، أو فلانة بنت فلان طالق ، فلا يقع الطلاق حينئذ ؛ لأن المرأة ليست محلا للطلاق فى هذا الوقت ؛ إذ ليست ملكا للمطلق ، ولا فى حكم الملك .

أما إذا كانت المرأة التى علق الرجل طلاقها بزواجه منها ، او بملكه عصمتها، امرأة غير معينة لا بطريق الإشارة ، ولا بطريق الاسم والنسب فلا يشترط أن يكون التعليق بعبارة صريحة . ويكفى فى وقوع طلاقها أن يقع المعلق عليه وذلك مثل أن يقول رجل : المرأة التى أتزوجها طالق ، فإن الوصف هنا « التى أتزوجها » — يفيد التعليق فى المعنى فكأنه قال : إن تزوجت امرأة فهى طالق ، فيقع الطلاق بمجرد تزوجها .

ثانياً — تعليق طلاق الزوجة

وقد يكون تعليق الطلاق واقعاً على امرأة ليست أجنبيةً عن المعلق بأن تكون المرأة زوجة له فعلا أو فى حكم الزوجة ، حيث يشترط، فى هذه الحالة ، لصحة تعليق الطلاق ما يأتى :

١ — أن يكون الشىء المعلق عليه الطلاق معدوما ، وعلى خطر الوجود ، أى يكون أمراً محتملا أن يكون أو لا يكون ، فلو كان المعلق عليه من الأمور المتحقق وجودها لم يكن التعليق حقيقياً ، بل يكون تعليقاً صورياً ، فيقع الطلاق بمجرد التعليق ؛ لأنه، حينئذ بمثابة التنجيز،فمن قال لامرأته : إن كان فى الدنيا هواء ، أو ماء ، فأنت طالق، طلقت منه للحال ؛ لأن عبارته تفيد تنجيز الطلاق لا تعليقه، فكأنه قال لها : أنت طالق. أما إذا علق الطلاق على شىء مستحيل التحقق فلا يقع الطلاق بالضرورة ، فمن قال لامرأته:إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق ، فلا تطلق ؛ لأن عبارته تدل على أنه لم يرد بقوله طلاق زوجته؛لأنه ربط طلاقها بأمر مستحيل الوقوع.

قال صاحب البدائع مشيراً إلى هذا الشرط « ولو قال لامرأته : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، او قال أنت طالق إن كان هذا، نهاراً او إن كان هذا ليلا وهما فى الليل، أو فى النهار، يقع الطلاق للحال؛ لأن هذا تحقيق، وليس بتعليق بشرط؛إذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ، وهذا موجود . ولو قال : إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق،لا يقع الطلاق؛ لأن غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بأمر محال »[1]

٢ — أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة ، سواء قدم الشرط على الجزاء أو أخر عنه[2]، فإذا فصل الشرط والجزاء لغير ضرورة لم يكن تعليقاً صحيحاً . ولهذا قال

(١) بدائع الصنائع للكسانى ج ٣ ص ١٣٢
(٢) » » » » ج ٣ ص ١٤٠

الأحناف فيمن قال لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، او قال لها:أنت طالق إن دخلت دار فلان. فدخلت الدار، فإنها تطلق لصحة التعليق ووقوع الشرط المعلق عليه الطلاق . اما لو قال لها : أنت طالق، ثم قال بعد فترة ولو قصيرة، من غير عذر: «إن دخلت دار فلان » لم يكن تعليقا صحيحا بل يكون تنجيزاً للطلاق بالعبارة الأولى .

اتصال الشرط بالجزاء

قال صاحب البدائع مشيراً إلى ضرورة عدم الفصل بين الشرط والجزاء فى تعليق الطلاق : « . . . وكذلك إذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة : كما إذا قال : أنت طالق بائن أو حرام ، لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد ، فلا يفصل البعض عن البعض فى الوقوع ، وفائدة هذا لا تظهر فى التنجيز ، لأن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائناً سواء وصفه بالبينونة أو لم يصفه ، وإنما تظهر فى التعليق بأن يقول لها : أنت طالق بائن إن دخلت، فإنه لا يتنجز، بل يتعلق بالدخول ؛ لأن قوله « بائن » بين الإيقاع والشرط ، لا يقع فاصلا بينهما لما ذكر أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلا بين الإيقاع والشرط ، فلا يمنع التعليق بالشرط[1] » .

تقديم الجزاء على الشرط والربط بينهما بالواو أو الفاء :

قال الكاسانى : « ولو آخر الشرط ، بأن قال : أنت طالق وطالق ، وطالق إن دخلت الدار . أو قال : أنت طالق فطالق إن دخلت الدار ، تعلق الكل بالشرط. فإن وجد الشرط، يقع الثلاث بالإجماع؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط ، لإيقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط ، لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم[2] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٢

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٢ .

تكرار الشرط والجزاء أو تقديم الشرط :

وقال الكاسانى[1] : « ولو قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ، أنت طالق إن دخلت الدار . أنت طالق إن دخلت الدار ، أو قدم الشرط بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ قال ذلك ثلاثا . يتعلق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شيء . وإن دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالإجماع ؛ لما قلنا إن هذه أيمان ثلاثة ، لها شرط واحد ، كل يمين : إيقاع الطلاق الثلاث فى زمان واحد ، وهو ما بعد الشرط ، فكان إيقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط لا متفرقا ؛ فإذا وجد الشرط يقع جملة » .

الربط بين الجزاء والشرط بثم مع تأخير الشرط عن الجزاء :

لأبى حنيفة رأى يخالف رأى صاحبيه فى حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته ، وقدم الجزاء على الشرط وربط بينهما بثم حسب التفصيل الآتى :

رأى أبى حنيفة بالنسبة لغير المدخول بها :

قال الكاسانى : « ولو قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، إن دخلت الدار ، فالأول يقع للحال ، ويلغو الثانى والثالث فى قول أبى حنيفة » .

رأى أبى حنيفة فى المدخول بها :

وقال الكاسانى أيضا : « وإن كانت مدخولا بها يقع الأول والثانى للحال ، ويتعلق الثالث بالشرط » .

رأى الصاحبين :

قال الكاسانى : « وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ، ولا يقع إلا واحدة . وإن كانت مدخولا بها يقع الثلاث ، سواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . وجعل ثم ، عندهما ، فى هذه الصورة ، كالواو والفاء .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠

توضيح وجهة نظر كل فريق

تعليل رأى أبى حنيفة :

قال الكاسانى: «وجه قول أبى حنيفة: أن كلمة (ثم) موضوعة للتراخى، وقد دخلت على الايقاع فيقتضى تراخى الثانى عن الأول فى الإيقاع ؛ كأنه قال : أنت طالق وسكت ، ثم قال: فطالق ، وطالق إن دخلت الدار ؛ فيقع الأول للحال ، ويلغو الثانى والثالث . لأنهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالأول فلا يقعان فى الحال . ولا يتعلقان بالشرط أيضا ؛ لانعدام الملك وقت التعليق ، فلم يصح التعليق[1]».

تعليل قول الصاحبين :

قال الكاسانى : «وجه قولهما، على ظاهر الرواية عنهما ، أن (ثم) حرف عطف كالواو ، ولها معنى خاص وهو التراخى . فيجب اعتبار المعنيين جميعا . فاعتبرنا معنى العطف فى تعليق الكل بالشرط كما فى حرف الواو ، والفاء . واعتبرنا معنى التراخى فى الوقوع ، وهذا يمنع وقوع الثانية ، والثالثة قبل الدخول بها[2]» .

الفرق بين وجهتى النظر :

ويمكننا أن نفرق بين رأى الإمام وصاحبيه بأن الامام يعتبر معنى التراخى الذى أفادته كلمة (ثم) فى إيقاع الطلاق ؛ لأن الحكم :الإيقاع . أما صاحبا الامام فهما يعتبران معنى التراخى فى الوقوع لا فى الإيقاع. قال الكاسانى : فالحاصل : أنهما يعتبران معنى التراخى فى الوقوع لا فى الإيقاع ، وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخى فى الإيقاع)[3] .

الترجيح :

ورجح الكاسانى رأى الامام فقال : « واعتبار أبى حنيفة أولى ؛ لأن

(١ ، ٢ ، ٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

كلمة التراخى دخلت على الإيقاع ، والتراخى فى الإيقاع يوجب التراخى فى الوقوع ؛ لأن الحكم يثبت على وفق العلة فأما القول بتراخى الوقوع من غير تراخى الإيقاع، فقول بإثبات حكم العلة على وجه لا نقتضيه العلة . وهذا لا يجوز[١]» .

الفصل بين الجزاء والشرط بالاستغفار ونحوه :

نقل عن أبى يوسف رحمه الله فيمن قال لامرأته : أنت طالق، استغفر الله، إن دخلت الدار، موصولا، أو قال: سبحان الله، أو الحمد لله : أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع الطلاق فى الحال قضاء؛ لأن هذا كلام لا تعلق له بالطلاق ، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط ، فيمنع التعليق .

تقديم الشرط على الجزاء

وقال صاحب البدائع[١] : « ولو علق بحرف الفاء بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق، فطالق ، فطالق ، فجعل الكرخى والطحاوى حرف الفاء ههنا كحرف الواو ، وأثبتا الخلاف فيه . والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد. وعده مجمعاً عليه ، فقال : إذا كانت غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة بالإجماع . وهكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى. وهذا أقرب الى الفقه ؛ لأن الفاء للترتيب مع التعقيب ، ووقوع الأول يمنع من تعقيب الثانى والثالث . ولو قال : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فالأول يتعلق بالشرط، والثانى يقع للحال ، ويلغو الثالث فى قول أبى حنيفة ، كما إذا لم يذكر الواو ولا الفاء ، بأن قال : ان دخلت الدار فأنت طالق، طالق، طالق ، فإن تزوج بها ودخلت الدار ـ ولم تكن دخلت الدار قبل ذلك ـ نزل المعلق ، وان كانت مدخولا بها يتعلق الأول بالشرط

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٤٠

وتقع الثانية والثالثة فى الحال . فإن دخلت الدار ،وهى فى العدة ، أو دخلتها بعد أن راجعها نزل المعلق . وقال ابو يوسف ومحمد : يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شىء فى الحال،واذا دخلت الدار تقع واحدة ، وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب ،كما اذا قال :ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة ، وبعدها واحدة ، وكما قال أبو حنيفة فى حرف الواو .

وجه قولهما : أنه عطف البعض على البعض بحرف العطف (لأن ثم حرف عطف كالواو) فيتعلق الكل بالشرط . ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم ؛ لأنه للترتيب مع التراخى ، فيعتبر معنى العطف فى التعليق ، ومعنى الترتيب فى الوقوع، على ما نذكر .

ولأبى حنيفة : أن قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق يمين تامة ، لوجود الشرط والجزاء، وانها منعقدة؛ لحصولها فى الملك، فلما قال: ثم طالق، فقد تراخى الكلام الثانى عن الأول فصار كأنه سكت، ثم قال لها: أنت طالق، فيقع فى الحال، ولا يتعلق بالشرط. وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخى فى نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الأول والثانى بالتراخى كالفصل بالسكوت على ما نذكر إن شاء الله تعالى. ولو أخر الشرط بأن قال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، أو قال : انت طالق، فطالق إن دخلت الدار ـ تعلق الكل بالشرط ، فإن وجد الشرط يقع الثلاث بالإجماع ؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لإيقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا »[1] .

وفى الإشارة إلى بيان الضرورة،التى إذا وجدت فى حال التلفظ وأدت إلى الفصل بين الشرط والجزاء فلا يعتبر ذلك فصلا ـ قال صاحب البدائع :

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ص١٤٠، ١٤١، ١٥١

« وروى عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، استغفر الله ، إن دخلت الدار، موصولا ، أو قال ، سبحان الله، او الحمد لله : إنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقع فى القضاء فى الحال ؛ لأن هذا الكلام لا تعلق له بالطلاق، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط، فيمنع التعليق، كما لو سكت بينهما من غير ضرورة، كالسعال، فيقع فى الحال فى القضاء . ولا يصدق أنه أراد به التعليق ؛ لأنه خلاف الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه . وكذا إذا تنحنح من غير سعال غشيه ، أو تساعل ؛ لأنه لما تنحنح من غير ضرورة أو تساعل، فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت » .[1]

والخلاصة أنه إذا كان الفصل بين الشرط والجزاء فى عبارة تعليق الطلاق لضرورة كسعال حدث للمعلق فلا يكون هذا الفصل مانعا من صحة التعليق بل يلحق آخر الكلام بأوله، ويكون تعليقا صحيحاً .

٣ — الشرط الثالث أن يكون الجزاء مرتبطاً بالشرط برابط الفاء متى كان متأخرا عن الشرط . أما إذا كان معنى الجزاء متقدما على الشرط فلا يحتاج إلى ذلك الرابط . وقد أشار صاحب البدائع إلى ذلك فيما سقناه من نصوص فى بيان الشرط الثانى[2] : فاذا قال الرجل لزوجته : « إن دخلت الدار انت طالق» من غير ربط وقع الطلاق منجزا، لأن العبارة لا تعليق فيها، إلا إذا قال : أردت الربط والتعليق، أو كانت القرائن تدل على أنه يريد تعليق الطلاق على الشرط الذى ذكره ، وأنه ما ذكر الرابط بين أجزاء العبارة إلا لجهله بقواعد اللغة العربية ؛ فيكون ما قاله تعليقا للجزاء على الشرط[3] .

٤ — الشرط الرابع من شروط صحة التعليق أن يكون فى الإمكان البر باليمين،

(١، ٢، ٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٥٧ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ،

وإلا فلا يقع الطلاق، فلو قال الرجل لامرأته : إن لم تكلمى محمدا غدا فأنت طالق فمات محمد فى الحال فلا يقع الطلاق لعدم إمكان البر .

٥ — الشرط السادس ألا يكون تعليق الطلاق على مشيئة غير معلومة، فإن علقه على مشيئة غير معلومة نحو أن يقول : إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الشياطين، فأنت طالق -وكان الربط تاما بين الشرط والجزاء- فلا يقع الطلاق .

تعليق الطلاق على مشيئة الله :

أفاض صاحب البدائع فى تعليق الطلاق على مشيئة الله ، وعده من قبيل الاستثناء فى الطلاق فقال :

« وأما مسائل النوع الثانى من الاستثناء، وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل، فنقول : إذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله تعالى يصح الاستثناء ، ولا يقع الطلاق، سواء قدم الطلاق على الاستثناء فى الذكر بأن قال : أنت طالق إن شاء الله ، أو أخره عنه بأن قال : إن شاء الله تعالى فأنت طالق . وهذا قول عامة العلماء . وقال مالك: لا يصح الاستثناء، والطلاق واقع. وعلى هذا تعليق العتق ، والنذر ، واليمين، بمشيئة الله سبحانه وتعالى »[1] .

الأدلة

استدل الاحناف لرأيهم بالكتاب والسنة والمعقول :

الكتاب

أما الدليل من الكتاب فمنه : قول الله تعالى إخبارا عن موسى عليه ،وعلى نبينا ، أفضل الصلاة والسلام: « ستجدنى إن شاء الله صابرا ، ولا أعصى لك أمرا »[2] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .
(٢) الآية رقم ٦٩ سورة الكهف

وجه الاستدلال :

وعد موسى ، صلى الله عليه وسلم ، صاحبه بالصبر ، معلقا على مشيئة الله تعالى ، وصح هذا التعليق ، ولم يعتبر موسى مخلفا فى الوعد حينما لم يصبر على الأمور التى كان يفعلها أمامه العبد الصالح ، غير عالم بالدوافع والأسباب التى من أجلها يأتى بهذه الأمور ، فلولا صحة التعليق على مشيئة الله تعالى . لصار موسى مخلفا فى الوعد بالصبر . والخلف فى الوعد لايجوز ، والنبى معصوم ، فدل ذلك على صحة التعليق على مشيئة الله تعالى ، وأنه لايقع به طلاق .

ومن ذلك أيضا قوله تعالى : « ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله »(١) .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى بألا يقول المؤمن أنه سيفعل أى أمر من الأمور فى المستقبل إلا إذا علق ذلك على مشيئة الله وإرادته ، بأن يقول : إن شاء الله ، فلو لم يكن التعليق على مشيئة الله حاصلا به صيانة الخبر عن الخلف فى الوعد لم يكن للأمر به معنى(٢) .

السنـــة

أما السنة فمنها : ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « من حلف بطلاق أو عتاق ، وقال إن شاء الله فلا حنث عليه » .

المعقول

قال الاحناف : إن تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعلق بما لا يعلم

---

(١) الآيتان رقم ٢٣ ، ٢٤ من سورة الكهف
بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١٥٧

وجوده؛ لأنا لاندرى أنه شاء وقوع هذا الطلاق ، أو لم يشأ . على معنى أن وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل ، فإن دخل وقع وإن لم يدخل لا يقع؛ لأن ماشاء الله كان وما لم يشأ لم يكن ؛ فيكون العلم اليقينى بوقوع الشرط المعلق عليه الطلاق غير موجود . والنكاح ثابت بيقين ، وما ثبت بيقين لا يزول بالشك فى إزالته ، أى أن الطلاق لا يقع بالشك .

هذا ويرى الإمام محمد أن ربط الطلاق بمشيئة الله يعتبر إبطالا للطلاق من أصله . ولا يعتبر يميناً معلقة على المشيئة . والراجح هو مانقل عن أبى حنيفة من القول بما يوافق قول محمد .

تنبيهات

١ ـ لا يقال إن تعليق الطلاق هنا على مشيئة الله هو تعليق بأمر كائن فيقع الطلاق؛ لأننا لا نعلم هل شاء الله وقوع الطلاق فيقع ، أو لم يشأ فلا يقع ؛ فالأمر غير معلوم ، والطلاق لا يقع بالشك .

٢ ــ إذا علق وقوع الطلاق على مشيئة الله تعليقا تاما ، بأن قدم الجزاء على الشرط ؛ فقال : « أنت طالق إن شاء الله تعالى » فقد اتفق رأى الأحناف على عدم وقوع الطلاق كما سبق أن بيناه . وكذلك لو قدم شرط المشيئة على عبارة الطلاق وكان الربط تاما بأن قال الزوج لزوجته : « إن شاء الله فأنت طالق » حيث ذكر الفاء مقترنة بالجزاء .

لكن إذا لم يربط الجزاء ، المتأخر عن الشرط ، بالفاء بأن قال : « إن شاء الله أنت طالق » فما هو الحكم ؟ ... يرى أبو حنيفة وأبو يوسف ان الاستثناء جائز ، ولا يقع الطلاق . وقال محمد هو استثناء منقطع ، والطلاق واقع فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن اراد به الاستثناء .

وجهة نظر الإمام محمد

يرى الإمام محمد أن الجزاء لابد أن يتصل بالشرط فإذا تأخر الجزاء عن الشرط وجب اقتران الجزاء بالفاء ليتصل بالشرط ، فإذا ذكر الجزاء غير مقترن بالفاء لم يتصل الجزاء بالشرط ، فكانت عبارة المطلق : « إن شاء الله» استثناء منقطعا فلم يصح ، ويقع الطلاق ، كما إذا قال : إن دخلت الدار . أنت طالق ؛ فإنه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء ، فيبقى تنجيزاً فيقع الطلاق ، كذا هذا .

وجهة نظر الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف

قال الشيخان . إن قول المطلق : إنشاء لله أنت طالق ، كلام صدر من عاقل ، وكلام العاقل يجب تصحيحه بقدر الإمكان ؛ صيانة له عن اللغو والهذيان ؛ فتضمر الفاء وقد ورد مثل ذلك فى كلام العرب ؛ قال الشاعر :

من يفعل الحسنات الله يشكرها ∴ والشر بالشر عند الله مثلان

أى فالله يشكرها . فتقدر الفاء مضمرة فى هذا الكلام ، وكأنه قال : إنشاء الله فأنت طالق ، أو يجعل الكلام ، فيه تقديم وتأخير ؛ تصحيحاً للاستثناء كأنه قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى . والتقديم والتأخير يجوز فى اللغة . وقد ورد منه الكثير فى كلام العرب .

هذا ، والرأى أن هذا التصحيح للاستثناء مقبول ديانة لا قضاء ؛ لأن تقديرنا للفاء كأنها اقترنت بالجزاء فى قول المطلق انشاء الله ، أنت طالق ، أو تقديرنا أن الجزاء مقدم على الاستثناء وكأنه قال : أنت طالق انشاء الله ، هو تقدير لأمر تخالفه ظاهر العبارة فيصدق ديانة ولا يصدقه القاضى اذا ادعى المطلق ذلك أمام القضاء .

تعليق الطلاق على من تعرف مشيئته

هذا كله فيما اذا علق الطلاق على من لا تعرف مشيئته فإن علقه على مشيئة من تعرف مشيئته ، وكان التعليق تاما بأن ربط بين الشرط والجزاء فقال : « إن شاء محمد فانت طالق » أو « أنت طالق إن شاء محمد » فالطلاق موقوف على مشيئة محمد فى المجلس الذى يعلم فيه بالتعليق ؛ لأن هذا النوع من التعليق تمليك للطلاق لمن علق الطلاق على مشيئته ؛ وهو محمد هنا فى هذا المثال ، فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات .

الجمع بين المشيئتين

ولو جمع بين مشيئة الله تعالى ومشيئة العباد ، فقال لزوجته مثلا : « أنت طالق أن شاء الله تعالى وشاء محمد » فشاء محمد الطلاق لم يقع الطلاق؛ لأن المطلق علق وقوع طلاقه بشرطين ، لا يعلم وجود أحدهما ، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما فقط ، كما لو قال المطلق ان شاء زيد وعمر فشاء أحدهما (١) .

٦ — الشرط السادس من شروط صحة التعليق أن لا يكون المقصود من التعليق المجازاة، والمؤاخذة، فلو كان المقصود به ذلك لم يكن تعليقاً فى الحقيقة، بل يكون تنجيزا للطلاق وذلك مثل أن يحتدم النزاع بين الرجل والمرأة فتصفه بأنه خبيث أو ماكر فيقول لها : إن كنت كما قلت فأنت طالق، فهذا تعليق بحسب الصورة لاغير ؛ لأنه ليس المقصود منه تعليق الطلاق على تحقق ذلك الشرط ،وهو كونه خبيثا ، ماكراً ، بل الغرض منه مجازاتها بإيقاع الطلاق عليها بسبب كلمتها السيئة ، فيقع الطلاق بذلك ،سواء أكان الرجل على ما وصفته المرأة أم لم يكن كذلك .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٦٠ .

حكم الطلاق المعلق

والطلاق المعلق على شيء لايقع إلا إذا حصل الشيء المعلق عليه[1] . وكانت المرأة وقت حصول الشيء المعلق عليه طلاقها زوجة للمعلق ، أو فى حكم الزوجة بأن كانت معتدة منه . فلو قال الزوج لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلت هذه الدار فى حالة قيام الزوجية، أو بعد ماطلقها ، وكانت فى زمن العدة فإنه يقع الطلاق المعلق ، وتنحل اليمين، لاستنفادها أثرها بتحقق الشرط وترتب الجزء عليه .

أما إذا دخلت الدار بعد انقضاء عدتها فلا يقع الطلاق ، ولكن تنحل اليمين ، فلا يبقى لها أثر .

هذا ، إذا كان التعليق بأداة لاتفيد تكرار الفعل . أما إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار فالحكم كما يلى :

التعليق بأداة تفيد تكرار الفعل

إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار مثل : «كلما» فإنه يتكرر الطلاق بتكرر حصول الشرط مادام ذلك فى حل واحد ، وعصمة واحدة ؛ فإذا قال الرجل لزوجته: كلما دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلتها مرة، وقع الطلاق ولا تنحل اليمين. فإذا دخلتها ثانية، وثالثة، فى حال العدة، أو فى زوجية[2] أخرى، لكن لا بعد زوج آخر، فإنه تقع طلقة ثانية، وثالثة، بتكرار الدخول فإذا عادت المرأة إليه بعد زوال ذلك الحل، وبعد تزوجها بزوج أخر، ثم دخلت الدار فلا يقع

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١٣٦

(٢) انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤ .

الطلاق؛ لأن الجزاء جزاء هذا الملك ولم يبق شيء فيها. وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء. ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زواج آخر... يقول صاحب الهداية[1]: «وألفاظ الشرط إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما، ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار فبوجود الفعل مرة، يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه، إلا في كلما؛ فإنها تقتضي تعميم الأفعال. فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء. وبقاء اليمين به وبالشرط. وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد إن شاء الله ولو دخلت «كلما» على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور.

رأى لأبي يوسف:

وقال الكمال ابن الهمام: قوله: «ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة» أبداً؛ لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل، وهو غير محصور. وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه. وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت. فإن تزوجها ثانياً لا تطلق إلا مرة واحدة. ولو قال ذلك لمعينة: كلما تزوجتك، أو تزوجت فلانة تكرر دائماً. واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة. والحاصل: أن «كلما» عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة. وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٣ ص ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥.

وكلما، إذا نسب فعلها إلى منكر. فإن قلت بينهما فرق فإن كلا يقتضى عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة . . وكلما يقتضيه فى الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة . فإذا وجد فى لفظ (كل) اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء . وفى كلما ، إذا وجد فعل انحلت باعتباره ، وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة ، سواء تعلقت بما تعلق به الأول أولا . قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ، ولا حاجة إلى النظر إلى سببه ؛ إذ المقصود أنه يثبت العموم فى الأفعال والأسماء ، فصار الحاصل : كل تزوج لكل امرأة، وفى مثله تنقسم الآحاد ظاهراً ، على ما قرروا فى ركوب القوم دوابهم ، وجعلوا أصابعهم فى آذانهم ، فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا يتكرر الحنث فى امرأة واحدة . وهذا هو الجامع بين هذه المسألة ، وبين ما قاس عليه فى المسألتين[1] » .

اعتراض

وقال الكمال بن الهمام : « ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى، وهو منتف؛ لأن دائرة عموم الأفعال، أوسع، لأن كثيراً من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد . وقد فرض عمومه بكلما ، فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط[2] .

إضافة الطلاق إلى مشيئة الزوجة

فرق الأحناف بين إضافة الزوج الطلاق إلى مشيئة زوجته ، وبين تعليقه الطلاق على مشيئتها فقالوا :

ولو قال لها : أنت طالق متى شئت ، أو متى ما شئت ، أو إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو كلما شئت : لايقع الطلاق ، ما لم تشأ . فإذا شاءت

(١، ٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٣٥ .

وقع ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقت مشيئتها ، ووقت مشيئتها هو الزمان الذى توجد فيه مشيئتها، فإذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ، ولا يقتصر هذا على المجلس . بخلاف قوله : إن شئت وما يجرى مجراه لأن هذا إضافة ،وذا تمليك[1] » .

وقال الأحناف أيضاً : لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شئت ، فهو مثل قوله لها اختارى ، فيما عدا أنها لو شاءت تطليق نفسها ، وطلقت نفسها ، فالطلاق الواقع فى هذه الحالة هو طلاق رجعى لا بائن ؛ لأن المفوض هنا صريح، وهناك كناية[2].

تعليق الطلاق على مشيئتها بلفظ يقتضى تكرار الفعل :

وقال الأحناف : لو أن الرجل قال لزوجته : أنت طالق كلما شئت ، يتكرر المعلق بتكرر الشرط، فلها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا ؛ لأن المعلق بالمشيئة وإن كان واحداً ، وهو الثابت مقتضى قوله : أنت طالق ، وهو الطلاق ، لكنه علق المشيئة بكلمة كلما ، وأنها تقتضى تكرار الأفعال، فيتكرر المعلق بتكرر الشرط . وإذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند الإمام وصاحبيه ، خلافاً لزفر . حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول ، فطلقت نفسها لا يقع شىء . وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا فى كلمة واحدة ؛ لأن العبارة لا تقتضى إلا فعل وإيقاع طلقة واحدة، كلما شاءت. ولأن المعلق بكل مشيئة، والمفوض إليها تطليقة، واحدة؛ فلا تملك الثلاث دفعة واحدة[3] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٤ .

(٢) » » » » ص ١٢١ .

(٣) » » » » ص ١٢١ .

أنت طالق كيف شئت

يرى أبو حنيفة أن الواقع طلقة فى الحال فيما إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق كيف شئت ؛ لأنه لم يعلق أصل الطلاق بالمشيئة ، بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع . وتنفيذ مشيئتها بالمجلس .

رأى الصاحبين

يرى أبو يوسف ومحمد أنه لا يقع على المرأة طلاق إلا بمشيئتها، إذ المعلق على مشيئتها هو أصل الطلاق ووصفه وتنفيذ مشيئتها، بالمجلس؛ لأن الكيفية من باب الصفة ، وقد علق الوصف بالمشيئة ، وتعليق الوصف بالمشيئة ، تعليق لأصل الطلاق بالمشيئة فى هذه الحالة ، لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف . وإذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة فلا يقع الطلاق ما لم يوجد ما علق عليه وهو المشيئة .

توضيح رأى أبى حنيفة

يرى أبو حنيفة أن الزوج بقوله أنت: طالق كيف شئت ، قدأوقع أصل الطلاق للحال ، وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها ؛ لأن الكيفية للموجود لا للمعدوم؛ إذ المعدوم لا يحتمل الكيفية ، فلا بد من وجود أصل الطلاق لتتخير هى فى الكيفية .

لهذا قال بعض محقق المذهب فى تعليل المسألة لأبى حنيفة : إن الزوج كيف المعدوم ، والمعدوم لا يكيف ، فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع .

تكييف الزوجة لطلاقها

وإذا شاءت المرأة المفوض إليها طلاق نفسها فى مجلسها فإن لم ينو الزوج البينونة ، ولا الثلاث، فشاءت واحدة بائنة ، أو ثلاثا ، كان لها ما شاءت .

لأن الزوج فوض الكيفية إليها . فإن نوى الزوج البينونة، أو الثلاث، فإذا وافقت مشيئتها نية الزوج بأن قالت فى مجلسها : شئت واحدة بائنة ؛ أو ثلاثا : وقال الزوج : « ذلك نويت » . فالواقع حينئذ طلقة واحدة بائنة أو ثلاث .

تعليل ماتقدم

قال الأحناف : إن الزوج لو لم تكن منه نية وقالت المرأة : « شئت واحدة بائنة ، أو ثلاثا » ، كان الواقع ماشاءت . فإذا وافقت مشيئتها نية الزوج ، فيقع ماتوافقت عليه مشيئتهما من باب أولى .

اختلاف مشيئة المرأة ونية زوجها :

الحالة، حالتان الأولى : لو قالت المرأة شئت ثلاثا، وقال الزوج : «نويت واحدة » فى هذه الحالة يختلف رأى الامام مع رأى صاحبيه حسب البيان التالى .

رأى أبى حنيفة

قال أبو حنيفة : لو خالفت مشيئة المرأة نية الزوج بأن قالت : شئت ثلاثا. وقال الزوج : نويت واحدة . لايقع بهذه المشيئة شىء آخر سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله : « أنت طالق » ، إلا إذا قالت : شئت واحدة ثانية ، فتصير تلك الطلقة ثانية .

رأى الصاحبين :

وقال الصاحبان : لايقع الاطلقة واحدة بناء على مشيئتها .

الحاله الثانية .

لو قالت المرأة : شئت واحدة ، وقال الرجل . نويت الثلاث . فى هذه الحالة ، لايقع شىء بهذه المشيئة باتفاق الامام وصاحبيه ، لأن المذهب

عندهم : أنه إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثا إن شئت ، فطلقت نفسها واحدة لايقع بهذه المشيئة شيء فى قولهم جميعا . إلا أن أبا حنيفة ، يرى أنه قد وقعت طلقة واحدة بقول الرجل لها : « أنت طالق » دون نظر إلى قوله : « كيف شئت »

٣ — إذا لم تشأ المرأة شيئا ولا نية للزوج

وإذا قال لها : « أنت طالق كيف شئت » ولم تشأ المرأة شيئا حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج ، أونوى واحدة ، تقع طلقة واحدة ، يملك الزوج رجعتها. وهذا عند أبى حنيفة ؛ لأنها أقل ، وهى متيقن بها . وقال الصاحبان : لايقع شيء ، وإن شاءت ، لخروج الأمر عن يدها .

تعليق الزوجة مشيئتها على أمر

ولو علق الزوج طلاق زوجته على مشيئتها بقوله . « أنت طالق إن شئت ؛ فقالت شئت إن كان كذا » . . . فيرى الكاسانى (٢) (وهو من كبار الفقهاء الأحناف) أن الامر لايخلو عن حالتين :

الحالة الأولى

فاذا علقت مشيئتها على شيء موجود ، كأن تقول: شئت إن كان هذا أبى» ، مشيرة إلى أبيها ، أو إن كانت هذه أمى ، مشيرة إلى أمها ، أو أن كان هذا نهارا ، وكان الوقت نهارا ، ونحو ذلك؛ فنى هذه الحالة يقع الطلاق ؛ لأن هذا تعليق للطلاق بشرط كائن ، والتعليق بشرط كائن ، تنجيز .

الحالة الثانية

أما إذا علقت مشيئتها بشيء غير موجود؛ فقالت: شئت إن شاء فلان

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١٢٢ وفتح القدير — الكمال ابن الهمام ج٣ ص١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤

(٢) المصادر السابقة .

فقد أخرجت الأمر من يدها ، فلا يقع طلاق، ولو شاء هذا ، لأن الزوج فوض اليها أن تنجز طلاقها ، وهي بتعليقها مشيئتها على مشيئة الغير قد أبت التنجيز . والتنجيز غير التعليق ؛ لأن التنجيز تطليق ، والتعليق يمين ، فلم تأت بما فوض إليها ، وأعرضت عنه ؛ لاشتغالها بغيره ، فيبطل التفويض.(١)

تعليق الطلاق على مشيئة الغير أو فعله

وفرق الأحناف بين تعليق الزوج طلاق زوجته على مشيئة الغير تطليقها ، وبين تعليقه طلاقها على فعل الغير؛ فقالوا .

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان، يتقيد هذا التفويض بمجلس علم فلان ؛ فإن شاء فى مجلس علمه وقع الطلاق . وكذلك إذا كان غائبا وبلغه الخبر ، فإن التفويض بالطلاق يقتصر على مجلس علم هذا الغائب الذى علق الزوج طلاق زوجته على مشيئته . وعلل الاحناف لرأيهم هذا بقولهم : إن قول الزوج لزوجته أنت طالق إن شاء فلان هو تمليك الطلاق لهذا الذى علق الزوج طلاق امرأته على مشيئته ، فيتقيد بالمجلس .

أما لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق إن دخل فلان الدار فالطلاق يقع إذا وجد الشرط فى أى وقت وجد ، ولا يتقيد بالمجلس ؛ لأن العبارة تفيد تعليق الطلاق على شرط والتعليق بالشرط لا يتقيد بالمجلس ؛ لأن معناه إيقاع الطلاق فى زمان ما بعد الشرط ، فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط؛ ففى أى وقت وجد الشرط يقع ما علق عليه وهو الطلاق (٢) .

رفض المرأة لا يعتبر إسقاطا لحقها

وقال الاحناف : لو أن الرجل علق طلاق المرأة على مشيئتها بالكلمات :

(١ ، ٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٢

متى،أو متى ما ، أو إذا، أو إذا ما، بأن قال لها : أنت طالق إذا شئت ، أو إذا ماشئت ، أو متى شئت ، أومتى ماشئت، فردت بأن قالت : لاأشاء ، لايكون ردا ، ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس . وقال الأحناف فى توضيح هذا الرأى ما يأتى :

إن كلمة متى موضوعة لعموم الأوقات فكأن الرجل قال لامرأته : أنت طالق فى أى وقت شئت فهو قد ملكها حق إيقاع الطلاق وقت أن تشاء إيقاعه فلا يرتد بردها ؛ لأنه لم يملكها فى الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها ، فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد .

وكلمة إذا ،أو إذا ما، هما ومتى،سواء عندأبى يوسف ومحمد فما كان حكما لمتى يكون حكما لإذا وإذا ما . وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عليه وإن كانت إذا وإذا ما يستعملان للشرط كما يستعملان للوقت مجردا عن الشرط لكنه يرى أنه وقد صار أمر الطلاق بيد المرأة بقول الرجل : لها أنت طالق متى شئت ، أو إذا ما شئت، فلا يخرج هذا الأمر من يدها بالشك،وهو :هل يراد بالعبارة هنا تعليق الطلاق على شرط أو يراد بها بكلمة « إذا أو إذاما » الوقت دون الشرط ؟ والثابت يقينا أن إذا قد تستعمل للوقت كمتى مجردة عن الشرط كما قد تستعمل للزمن مقرونا به الشرط ؛ فاستعمالها للزمن متيقن . والقاعدة أن كل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لايحكم بزاوله إلا بيقين،فلو نظرنا إلى ان كلمة إذا للشرط يخرج الأمر من يد المرأة بقيامها من المجلس كما فى قوله لها:طلق نفسك إن شئت . ولو نظرنا إلى كون كلمة إذا للوقت لايخرج الأمر من يدها فلا يخرج بالشك ... وقال الكمال ابن الهمام موضحا هذا الموضوع:« إن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها ، وأنه أضافه إلى زمانه ،وعلى كل من التقديرين ، لايرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت : شئت ذلك الطلاق ، أو قالت طلقت نفسى ، وقع ؛ معلقا كان أو مضافا » .(١)

(١ ، ٢) فتح القدير جـ ٣ ص ١٢٠ ، ١٢١

التفويض يقتصر على الملك القائم

لو علق الرجل طلاق زوجته على مشيئتها بلفظ يفيد تكرار الفعل بأن قال لها : « أنت طالق كلما شئت » فللمرأة أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا بشرط أن يكون ذلك فى الملك القائم الذى وجد فيه التفويض ، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر ثم طلقت منه وبعد انقضاء عدتها عادت إلى زوجها الأول ، ثم طلقت نفسها منه وقع الطلاق ؛ لأن التفويض يتعلق بالملك القائم لا إلى عدم الملك الذى هو معنى الملك المعدوم(١) .

لكن الامر يختلف فيما إذا طلقت ثلاثا ثم تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء عدتها ثم طلقت من الزوج الثانى وعادت فتزوجت الأول ثم طلقت نفسها منه فإنه لا يقع شى ؛ لأنه ملك مستحدث(٢) .

التفويض قد يشمل أكثر من طلقة

أبان فقهاء الحنفية أن الرجل لو قال لزوجته: طلقى نفسك كلما شئت أن لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا ، لأن كلما تفيد تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك. وقالوا: إن الزوجة ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة؛ لأن كلما توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة واحدة ، وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين ؛ فلو طلقت نفسها ثلاثا أو ثنتين وقعت طلقة واحدة عند الصاحبين . وقال أبو حنيفة: لا يقع شيء . وقال الأحناف : لو أن التفويض كان بعبارة تفيد التفويض فى العدد كان لها أن تطلق نفسها واحدة ، أو ثنتين أو ثلاثا. فلو قال رجل لزوجته : « أنت طالق كم شئت » ، أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت. ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق. بخلاف مسألة: كيف شئت.

(١ ، ٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٥ ، ١٢١ هذا وننبه الى أن هذا الأمر مبنى على أمر هو موضع اختلاف عند الأحناف وهو: هل يهدم الزواج الثانى مادون الثلاث من طلقات باقية للزوج الأول أم لا ؟ وسوف نتعرض لبيان هذا الموضوع فيما بعد .

وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض فى نفس العدد . والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شىء مالم تشأ . قال الكمال ابن الهمام : والقياس ألا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا ، كما لا يباح للزوج، لكن روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يباح لها فى التنجيز. ووجهه ماذكره فى الفوائد الظهيرية فى المسألة الآتية ، قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبى حنيفة لايكره ؛ لأنها مضطرة إلى ذلك؛ لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها . بخلاف مالو أوقع الزوج ذلك . وعلى هذا فما فى أصل رواية الجامع الصغير فى هذه المسألة من قوله : إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ، أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها ، لا يحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة .

التفويض « بطلقى نفسك كم شئت» يتقيد بالمجلس

وقال الأحناف: إن التفويض للمرأة بتطليق نفسها ماشاءت أو كم شاءت ، يتقيد بمجلس التفويض. ويبطل استعمال هذا الحق برد المرأة استعماله ، وبخروجها من مجلس التفويض دون أن تشاء طلاق نفسها ؛ لأن هذا أمر واحد وهو خطاب فى الحال: « أنت طالق كم شئت ، أو ما شئت » فيقتضى الجواب فى الحال . أما التفويض بكلمة إذا ومتى فهو تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل.

طلقى نفسك من ثلاث ماشئت

ولو قال الرجل لزوجته : طلقى نفسك من ثلاث إذا شئت ، فأبو حنيفة يرى أن لها أن تطلق نفسها طلقة واحدة ، أو طلقتين فقط . أما أبو يوسف ومحمد فيريان أن لها الحق فى أن تطلق نفسها ثلاثا أو دون الثلاث .

توضيح رأى أبى حنيفة :

يرى أبو حنيفة أن كلمة من حقيقة فى التبعيض ، وكلمة ما للتعميم فعمل

بهما من حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والثنتان كذلك ؛ لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام، وبالنسبة إلى الثلاث بعض. ولا يقال: إنه على هذا الاعتبار لا يتناول الواحدة؛ لأنه ليس بعام؛ لأن اللفظ هنا ليس بعام؛ لأنه يرد على ذلك بأن الواحد هنا يتناوله هذا التعبير دلالة- وإذا كان العمل بالحقيقه ممكنا فلا يهمل العمل بها. ولذلك يراد بمن حقيقتها وهو التبعيض وبما التعميم فى قول الرجل لزوجته : «طلق نفسك من ثلاث ماشئت» فكان لها أن تطلق نفسها دون الثلاث فقط .

أما وجهة نظر الصاحبين فهى : ان كلمة « ما » فى قول الرجل ماشئت محكمة فى العموم . وكلمة من فى قوله « من ثلاث » كما تستعمل للتبعيض ، تستعمل للبيان والتميز كما فى قوله تعالى «فاجتنبوا الرجس من الأوثان وقد. تكون لغير ذلك فاجتمع فى كلام الرجل المحكم ، والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بيانا له، أى بيانا للجنس ، أى بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه ، وإن كان لا ينصور فى الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعا . أما فى الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وأن كان حكمه فى الشرع المنع . فالمعنى طلق نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الأعداد(١) وصار قول الرجل لزوجته : طلق نفسك من ثلاث ماشئت كقول الرجل لآخر كل من طعامى ماشئت ، أو طلق من نسائى من شئت فله أكل الكل - وله أن يطلق كل نسائه .

مناقشة وجهة نظر الصاحبين

واعترض على الصاحبين بأن ما استشهدا به قد ترك إرادة التبعيض من كلمة « من » لقرينة هى اظهار السماحة ، أو لعموم الصفة . وهى المشيئة فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم . كذلك يقال : أن ما فى قول الرجل

---

(١) فتح القدير جـ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥ والعناية على الهداية للبابرتى على هامش فتح القدير جـ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥

لزوجته طلقى نفسك من ثلاث ماشئت ، نكرة موصوفة بالجملة ، والجار والمجرور فى موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد فى العدد « الثلاث » مزيل من إبهامه فلا حاجة إلى استعمال من للبيان [1] .

المذهب الشافعى

الطلاق المعلق والمضاف :

ذكر الشافعية فى كتبهم تحت عنوان: «تعليق الطلاق» الطلاق المعلق على شرط ، والطلاق المسند إلى زمن.... ففى أسنى المطالب شرح روض الطالب [2] ما يأتى : تعليق الطلاق جائز كالعتق ؛ لأنه قد يكره طلاقها فيدفع بتعليقه تنجيزه . واستأنسوا له بخبر : « المؤمنون عند شروطهم » رواه أبو داود بإسناد حسن ولا يجوز الرجوع فيه كالحلف؛ ولا يقع الطلاق قبل وجود الشرط ولو كان معلوم الحصول، أوقال عجلته لتعلقه بالوقت المستقبل، كالجعل فى الجعالة ، وصوم يوم معين نذره ، وقضية كلام أصله : أنه لا يقع فى الحال طلقة بقوله عجلت الطلاق المعلق . قال الأسنوى : وليس كذلك ، بل يقع فى الحال طلقة جزما . وإنما الخلاف فى وقوع أخرى عند وجود الصفة كما ذكره وغيره .. »

وقال صاحب مغنى المحتاج : « فصل فى تعليق الطلاق بالاوقات وما يذكر معه ؛ قال : أنت طالق فى شهر كذا ، أو فى غرته ، أو رأسه ، أو أوله ، أو دخوله ، أو مجيئه ، أو ابتدائه ، أو استقباله ، أو أو آخر أوله وقع الطلاق بأول جزء من الليلة الأولى منه ، أى معه؛ لتحقق الاسم بأول جزء منه . ووجهه فى شهر كذا أن المعنى إذا جاء شهر كذا ، ومجيئه يتحقق

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) الجزء الثالث لخاتمة أئمة المحققين ونخبة الفضلاء المدققين شيخ الاسلام ابى يحيى زكريا الأنصارى ص ٣٠١ .

بمجيء أول جزء منه . والاعتبار فى دخوله ببلد التعليق ، فلو علق ببلده ، وانتقل إلى أخرى ، ورأى فيها الهلال وتبين أنه لم ير فى تلك لم يقع الطلاق بذلك ، قاله الزركشي . وظاهره كما قال شيخنا أن محله إذا اختلفت المطالع[١] .

شروط صحة التعليق :

قال الرملى : يشترط فى التعليق بدخول الدار ، ونحوه : أن يعزم على الشرط قبل فراغ اليمين ، وأن يتصل الشرط بالطلاق ، وأن يتلفظ بالشرط بلسانه ، بحيث يسمع نفسه . ولا يشترط هنا أن يسمع غيره بخلاف الاستثناء[٢] .

الطلاق المعلق على وقت

إذا أضاف الزوج طلاق زوجته إلى وقت معين ، وقع الطلاق بوجود أول جزء من الوقت الذى اسند إليه الطلاق . فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق فى نهار شهر كذا ، أو فى أول يوم من شهر كذا فيقع الطلاق بطلوع فجر أول يوم من هذا الشهر الذى عينه وإذا قال: أنت طالق شهر يناير مثلا وادعى أنه أراد وسط الشهر أو آخره صدق ديانة لاحتمال عبارته هذا الادعاء . وإن قال : أنت طالق فى آخر شهر كذا ففى المذهب رأيان ارجحهما أن الطلاق يقع فى آخر جزء من الشهر . والرأى الثانى وهو المرجوح أن الطلاق يقع فى أول النصف الآخر من الشهر ؛ إذ النصف الثانى من الشهر يطلق عليه آخر الشهر فيقع بأوله . والأول أرجح كما قلنا:

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج٣ ص ٣١٣ .

(٢) حاشية شيخ الشيوخ ، وخاتمة أهل الرسوخ الشهاب أبى العباس أحمد الرملى الكبير على هامش اسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص ٣٠١ .

لأنه يسبق إلى الظن عند ذكر عبارة : آخر الشهر أن المراد هو آخر جزء من الشهر[1] .

إضافة الطلاق إلى زمن حال :

وقال الشافعية : لو أن الرجل أضاف الطلاق إلى زمن موجود بأن قال مثلا : أنت طالق فى رمضان وهو فيه . فإنها تطلق فى الحال . أما لو قال : أنت طالق فى أول رمضان أو إن جاء رمضان . فتطلق فى أول رمضان القابل ؛ لأن التعليق إنما كان قاله ليلا ؛ ويلغو ذكر اليوم ؛ لأنه لم يعلق ، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه وقال الأذرعى : لو ادعى أنه أراد اليوم التالى وقد كان علق طلاق امرأته بعبارته السابقه أثناء الليل، فينبغى أن يقبل منه ، حتى لا يقع قبل الفجر .

تعليق الطلاق على مضى زمن :

لو علق الرجل طلاق زوجته على مضى زمن معين وقع الطلاق بعد مضى الزمن الذى حدده ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالق بعد شهر فبمضى ثلاثين يوما تطلق ، فإن كان التعليق ليلا فبمضى قدره أى ما سبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين تطلق . وإن كان نهارا يكمل بقدر ماسبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين فإن اتفق انه علق وقت ظهور هلال أوائل الشهر كفى مضى الشهر تاما أو ناقصا .

قال صاحب اسنى المطالب : وظاهر أن محلها أن يعلق فى غير اليوم الأخير ،فإن علق فيه كفى بعده شهر هلالى كما مر فى السلم »[2] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣١٣، أسنى المطالب شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى جـ٣ ص ٣٠٢ .

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

تنبيـه :

التعليق بمضى شهر أو سنة يقصد بذلك الشهر الهلالى، والسنة العربية. فإذا علق رجل طلاق زوجته بانقضاء سنة فتطلق بانقضاء اثنى عشر شهرا بالأهلة التامة ويتمم المنكسر من الثالث عشر إن وقع كسر بأن علق فى أثناء الشهر ؛ فلو قال الرجل : أردت بالسنة ،منكرة أو معرفة ، سنة رومية ، أو فارسية،لم يقبل قولهظاهرا، ويدين؛ لاحتمال ماقاله . قال الأذرعى:نعم لو كان ببلاد الروم ، أو الفرس،فينبغى قبول قوله[1] .

الشك فى مضى المدة

لو شك الرجل فى مضى مدة من التعليق : هل تم العدد أو لا ؟ عمل باليقين ، وحل له الوطء حال التردد ؛ لأن الأصل عدم مضى العدد،والطلاق لا يقع بالشك[2] .

إضافة الطلاق إلى زمن ماض :

إذا أضاف الرجل طلاق زوجته إلى زمن مضى كأن يقول لها مثلا : أنت طالق أمس ، أو فى الشهر الماضى ، أوالسنةالماضية؛ ففى المسألة تفصيل، بيانه ما يأتى :

أولا — إذا قصد الرجل إيقاع الطلاق فى الحال مستندا إلى الزمن الماضى الذى ذكره؛ فى المذهب رأيان : أصحهما أن الطلاق يقع فى الحال، ولغا قصد الاستناد إلى الماضى ؛ لاستحالته - والقول الثانى : أنه لايقع بهذا القول طلاق ، لأنه إنما أوقع طلاقا مستندا ، فإذا لم يمكن استناده ، وجب ألا يقع . ومثل هذه الحالة حالة ما إذا قصد بتعليقه إيقاع الطلاق

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٤ ، وأسنى المطالب جـ٣ ص ٣٠٤

فى الماضى (امس ، أو الشهر الماضى ، أو السنة الماضية) أو قال : لم أرد شيئاً ، أو تعذر الرجوع إليه لمعرفة قصده وذلك لموته، أوجنونه، أوإصابته بالخرس ، ولا إشارة له مفهمة ، لكن فى صورة قصد إيقاعه أمس يقع فى الحال على المذهب المنصوص .

ثانياً — إذا لم يقصد الرجل من قوله لامرأته : أنت طالق أمس إنشاء طلاق لا حالا ، ولا ماضيا، بل قصد الإخبار بالطلاق ، وهو أنه طلق أمس فى هذا النكاح ، وهى الآن معتدة من طلاق بائن ، أو رجعى ؛ فإن الرجل يصدق بيمينه فى ذلك ، لقرينة الإضافة إلى أمس . وتحسب عدة المرأة من الوقت الذى ذكره إن صدقته . وإن كذبته ، أو قالت: لاعلم لى ، تحسب عدتها من حين إقراره بالطلاق .

ثالثاً — لو ادعى الرجل أنه لايريد طلاقها فى هذا النكاح ، بل يقصد بما قال أنه طلقها فى نكاح آخر غير نكاحه هذا ، وأنها بانت منه ، ثم جدد نكاحها ، أو يقصد الإخبار عن واقعة أخرى حدثت لهذه المرأة وهى : أنها كانت متزوجة من زوج آخر فى نكاح سابق ثم طلقها هذا الزوج — وفى هذه الحالة إن صدقت الوقائع والقرائن ادعاء هذا الرجل بأن كان للمرأة نكاح سابق ، وطلاق فيه ، بأن احضر بينة على ذلك ، أو دلت القرائن على ذلك — صدق الرجل بيمينه فى إرادة ما ادعاه . وإن صدقته المرأة فيما ذكره صدق فى ادعائه بلا يمين . وإن لم يعرف ما ذكره الرجل فلا يصدق ، ويقع الطلاق منجزا فى الحال ؛ لبعد دعواه . وقد نقل صاحب مغنى المحتاج عن الشرح الصغير عن الإمام : أنه ينبغى أن يقبل ادعاء هذا الرجل فيما قاله لاحتماله[1] ثم صوب بعد ذلك الرأى الأول. وقال صاحب أسنى المطالب: ولو قال : أنت طالق أمس، طلقت فى الحال ، سواء أراد وقوعه أمس أو

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣١٥ .

فى الحال مستندا إلى أمس ، أو لم يرد شيئا ، أو مات . أو جن قبل بيان الإرادة ، أو خرس ولا إشارة له مفهمة ؛ لأنه خاطبها بالطلاق ، وربطه بممتنع ، فيلغو الربط ، ويقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق للبدعة ، ولا بدعة فى طلاقها . فإن أراد الإخبار بأنه طلقها أمس فى هذا العقد ، وقد راجعها ، أو وهى الآن معتدة ، أو بائن، قبل منه ؛ لقرينة الإضافة إلى أمس ، واعتدت من أمس،إن صدقته،ويبقى النظر فى أنه كان يخالطها أولا، كما يأتى بيانه فى العدد . وإن لم تصدقه ، فمن الإقرار تعتد . وإن قال أردت أنها طلقت أمس منى فى عقد غيرهذا العقد أو من زوج آخر قبلى، قبل منه إن عرف عقد سابق ، وطلاق فيه ببينة ، أو غيرها ، سواء أصدقته ، فى إرادته ، أم لا . ويخالف مامر حيث لم يحتج فيه إلى معرفة ذلك، لاعترافه ثم بطلاق فى هذا العقد، وهنا أراد صرفه عنه ، وإن لم يعرف ذلك، فلا يقبل منه ، ويحكم بطلاقها فى الحال. وهذا ما فى المنهاج كأصله، والشرح الصغير، ونقله الإمام والبغوى عن الأصحاب . ثم ذكر،أعنى،الإمام، احتمالا جرى عليه فى الروضة ، تبعاً لنسخ الرافعى السقيمة . وهو أنه ينبغى أن يقبل منه لاحتماله. ولها إن لم تصدقه تحليفه أنه أراد ذلك، أى أنها طلقت فى هذا العقد ، أو فى عقد غيره[1] .

فروع :

لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق قبل أن تخلقى » قال الصيمرى : طلقت إذا لم تكن له إرادة . ولو قال لها نهارا : « أنت طالق غدا أمس ، أو امس غد » بالإضافة ؛ وقع الطلاق فى الحال؛ لأن غدا أمس، وأمس غد هو اليوم . فإن قاله ليلا ، وقع غدا فى الأولى ، وحالا فى الثانية . ولو قال : أنت طالق أمس غدا ، أو غدا أمس بغير إضافة لغا ذكر أمس ، ووقع

---

(١) اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٤ .

الطلاق فى الغد ؛ لأنه علقه بالغد وبأمس ، ولا يمكن الوقوع فيهما ، ولا الوقوع فى أمس ، فيتعين الوقوع فى الغد لإمكانه ، ولو قال : أنت طالق اليوم غدا، وقع طلقة فى الحال ، ولا يقع شىء فى الغد ؛ لأن المطلقة اليوم طالق غدا ، ويحتمل أنه لم يرد إلا ذلك . ولو أراد بذلك وقوع نصفها اليوم ، ونصفها الآخر غدا ، وقع طلقة فقط فى الحال ؛ لأن ما أخره تعجل . فإن أراد نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا وقع طلقتان إلا أن تبين بالأولى .

إضافة الطلاق إلى زمن حال مع تعليقه على فعل

ولو أضاف الطلاق إلى زمن حال وعلقه على فعل شىء أو تركه فلا يقع الطلاق ، فمن قال لزوجته: أنت طالق الساعة إن دخلت الدار أو أنت طالق الساعة إذا جاء الغد ، لغا كلامه، ولم تطلق، وإن وجدت الصفة؛ لأنه علقه بوجودها فلا يقع قبله ، وإذا وجدت فقد مضى الوقت الذى جعله محلا للايقاع[1] .

رأى آخر :

نقل الرملى فى حاشيته رأيا بوقوع الطلاق فوراً فى الحالة السابقة فقال: « قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، أو إن جاء الغد فأنت طالق اليوم فقد جزم الغزالى فى كتابه غاية الفوز فى دراية الدور : بأنه يقع الطلاق فى الحال . قال البليقنى : وهو عندنا ممنوع . ولا فرق بين ذلك وبين المسألة المسطورة . وقد بينا ذلك فى الفوائد المحضة على الرافعى والروضة »[2] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣١٥ ، وأسنى المطالب ج٣ ص ٣٠٥
(٢) حاشية الرملى بهامش أسنى المطالب ج ٣ ص ٣٠٥ —

الطلاق المعلق على شرط

أدوات التعليق :

من أدوات التعليق إن نحو: إن دخلت الدار فأنت طالق، ومن (بفتح الميم) كمن دخلت من نسائى فهى طالق ، وإذا ، ومتى ، ومتى ما ، وكلما ، وأى . وإذا ما، على رأى سيبويه ، ومهما، وهى بمعنى ما ، وما الشرطية ، وإذ ما ، وأياما ، وإيان وهى كمتى فى تعميم الأزمان ، وأين ، وحيثما لتعميم الأمكنة ، وكيفما للتعليق على الأحوال .

قال صاحب المغنى : « فى فتاوى الغزالى : إن التعليق يكون بلا ، فى بلد عم العرف فيها ، كقول أهل بغداد : أنت طالق لا دخلت الدار ، ويكون التعليق أيضاً بلو كانت طالق لو دخلت الدار كما قاله الماوردى »[1] .

ما تقتضى التكرار :

ولا يقتضى من أدوات التعليق التكرار إلا كلما، فإنها تقتضى التكرار وضعا واستعمالا ولا يقتضى أدوات التعليق المذكورة ، بالوضع ، فورا فى المعلق عليه ، ولا تراخيا إن علق بمثبت إلا فى الخلع والتعليق بالمشيئة؛ ففى بعض صيغه تفيد الفورية، كإن وإذا، فمن قال لزوجته: إن ضمنت لى مالا قدره كذا فأنت طالق فلابد من الفورية فى قبولها ؛ لأن هذا من قبيل المعاوضات ، وهى تقتضى الفوريه فى القبول ؛ لأن القبول لابد وأن يكون غير متراخ عن الإيجاب . ومن قال لزوجته : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت فإنه يعتبر الفور فى المشيئة ؛ لأن هذا على الصحيح بمثابة تحليل للزوجة تطليق نفسها ، وهذا بخلاف متى شئت . كذلك أدوات التعليق المذكورة

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣١٦ . ويراجع أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٧ .

جميعها لا تقتضى تكرارا فى المعلق عليه ، بل إذا وجد مرة واحدة فى غير نسيان ، ولا إكراه ، انحلت اليمين ، ولم يؤثر وجودها ثانياً . إلا «كلما» وذلك لأن إن تدل على مجرد الفعل الذى بعدها ، وكذا أسماء الشرط. أما «كلما» فإن التعليق بها يقتضى التكرار فى المعلق عليه بالوضع ، والاستعمال.

التعليق بنفى فعل :

إذا استعملت أدوات التعليق فى تعليق الطلاق بنفى فعل كدخول ، أو نفى تطليق ، أو ضرب ، أو غير ذلك، فالمذهب أنه إن علق بإن ، كإن لم تدخلى الدار فأنت طالق، وقع الطلاق عند اليأس من الدخول للدار، وذلك بأن يموت أحدهما ، أو يجن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع الطلاق إذا بقى مالا يسع التطليق . أما إذا كان تعليق الطلاق بأداة من أدوات التعليق غير «إن» كالتعليق بإذا مثلا فعند مضى زمن يمكن فيه ذلك الفعل المعلق عليه من وقت التعليق ولم يفعل يقع الطلاق . وقال فقهاء الشافعية تعليلا لذلك : إن (إن) حرف شرط لا إشعار لها بالزمان، وإذا ظرف زمان كمتى فى التناول للأوقات ، بدليل أنه إذا قيل متى ألقاك صح أن يقول إذا، أومتى شئت أو نحوهما ، ولا يصح إن شئت ، فقول الرجل لزوجته : إن لم أطلقك معناه ، إن فاتنى تطليقك ، وفواته باليأس ، وقوله : إذا لم أطلقك معناه أى وقت فاتنى فيه التطليق، وفواته بمضى زمن يتأتى فيه التطليق ولم يطلق. أما غير إن وإذا من الأدوات كمتى ، ومتى ما فهى للفور قطعا . وقال صاحب مغنى المحتاج : لو أن الرجل قال: أردت بإذا معنى إن قبل ادعاؤه باطنا وكذا ظاهرا ؛ لأن كلا منهما قد يقوم مقام الآخر.[1] وإن أراد بإن معنى إذا قبل ظاهرا لأنه غلظ على نفسه ، وإن أراد بغير «إن» وقتا معينا

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٧ ، ٤٨١ أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١

قريبا ، أو بعيدا ، دين لاحتمال ما أراد . فان قيل: قد قلتم: إنه إذا أراد باذا معنى ان أنه يقبل ظاهرا، وهنا ليس كذلك. أجيب بأنه ثم، أراد بلفظ، معنى لفظ آخر ، بينهما اجتماع فى الشرطية ، بخلافه هنا » .

انحلال اليمين

وقال صاحب أسنى المطالب : فإن كان التعليق بصيغة « إن لم اطلقك» فلا تطلق إلا عند اليأس من الطلاق بأن يموت أحدهما ، أو يجن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع قبيل الموت أو الجنون بحيث لا يبقى زمن يمكنه أن يطلقها فيه : لانتفاء التكليف بكل منها . وإنما لم يحصل اليأس بمجرد جنونه لاحتمال الإفاقة ، والتطليق بعدها . قال فى المهمات : والتعبير بقبيل غير محرر . والصواب وقوعه إذا بقى ما لا يسع التطليق. نبه عليه الماوردى والرويانى . وكالجنون الإغماء والخرس الذى لا كتابة لصاحبه ، ولا إشارة مفهمة . وإن فسخ النكاح ، وانفسخ ، أو طلقها وكيله ، ومات أحد الزوجين ، قبل تجديد النكاح، أو الرجعة، أو بعده، ولم يطلق تبين وقوعه قبيل الانفساخ إن كان الطلاق المعلق رجعيا ؛ إذ لا يمكن وقوعه قبيل الموت لفوات المحل بالانفساخ إن لم يجدد ، وعدم عود الحنث إن جدد ولم يطلق ، فيتعين وقوعه قبيل الانفساخ ، واعتبر طلاق وكيله ؛ لأنه يفوت الصفة المعلق عليها بخلاف طلاقه هو . وهذا هو فائدة عطفة طلاق الوكيل على ما قبله ، وإلا فهو لم يذكر حكمه ، بل اقتصر على حكم ما قبله ، واعتبر فى وقوعه قبيل الانفساخ كونه رجعيا لتصور الانفساخ بعده ، وإن كان بائنا لم يقع قبيل الانفساخ ؛ لأن البينونة تمنع الانفساخ فيقع الدور إذ لو وقع الطلاق لم يحصل الانفساخ، فلم يحصل اليأس فلم يقع الطلاق . فإن طلقها بعد التجديد للنكاح ، أو علق بنفى فعل غير التطليق كالضرب ، فضربها وهو مجنون ، أو وهى مطلقة، ولو طلاقا بائنا، انحلت اليمين . أما

الأول، فلأن البر لا يختص بحال النـكاح . ولهذا تنحل اليمين بوجود الصفة حال البينونة . وأما الثانى : فلأن ضرب المجنون فى تحقق الصفة ونفيها كضرب العاقل . والضرب حال البينونة ممكن بخلاف الطلاق . فإن أبانها واستمرت البينونة إلى الموت ، ولم يتفق ضرب تبين وقوعه قبيل البينونة كما صرح به الوسيط ، وإن وقع فى عبارة الأصل هنا ما يقتضى عدم وقوعه أصلا نبه عليه فى المهمات[1] .

إن تركت طلاقك فأنت طالق :

فرق الشافعية بين قول الرجل لزوجته: إن تركت طلاقك فأنت طالق ، وقوله إن سكت عن طلاقك فأنت طالق، فقالوا : إن العبارتين تقتضيان الفور فى هذه الحالة، فإذا لم يطلق الرجل زوجته فى الحال طلقت لوجود الصفة . أما إذا نفاهما فقال : إن لم أترك طلاقك، أو إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فلا يقتضى الفور، فإن طلق فورا واحدة ثم سكت انحلت يمينه فى حالة قوله ان لم أترك طلاقك فأنت طالق، فلا تقع طلقة أخرى ؛ لأنه لم يترك طلاقها، أما لو كان يمينه بقوله إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فتقع أخرى لسكوته وتنحل يمينه . قال ابن العماد أخذا من كلام الماوردى : إنه فى الأولى علق على الترك ولم يوجد ، وفى الثانية على السكوت وقد وجد ؛ لأنه يصدق عليه أن يقال سكت عن طلاقها، وإن لم يسكت أولا ، ولا يصح أن أن يقال ترك طلاقها إذا لم يتركه أولا » ـ[2] وقال الرملى فى حاشيته : « وأما قول الرجل : إن سكت عن طلاقك فأنت طالق ثم طلقها عقب ذلك يقع المنجز ، ولا يبطل حكم التعليق لبقاء شرطه ، وهو التعليق على السكوت ، والمتلفظ بالطلاق وغيره لا يسمى ساكتا حال تلفظه . وإذا

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١ .
(٢) المصدر السابق نفس الجزء والصفحة .

لم يوجد سكوت عن الطلاق فيبقى التعليق على حاله ، وإن سكت عقب المنجز لحظة وقع المعلق . والمعلق بالسكوت لا يسمى ساكتا حال تلفظه بالطلاق المنجز »(١) .

تعليق الطلاق بنفى فعل بكلما :

ولو كان تعليق الطلاق بنفى فعل وكانت أداة التعليق كلما، بأن قال الرجل لزوجته : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، فمضى قدر ما يسع ثلاث تطليقات متفرقات بلا تطليق ، طلقت ثلاثا ، إن لم تبن بالأولى ، وإلا فتطلق واحدة فقط .

تكرار الطلاق بتكرار وقوع الفعل :

قال صاحب المنهاج : « ولو قال: إذا طلقتك فأنت طالق. ثم طلق أو علق بصفة ، فوجدت، فطلقتان، أو كلما وقع طلاقى ، فطلق فثلاث فى ممسوسة، وفى غيرها : طلقة .. »

وشرح صاحب مغنى المحتاج ما تقدم فبين أن الطلقتين؛ واحدة بتطليقها منجزا،، أو التعليق بصفة وجدت، وأخرى بالتعليق به. وقال صاحب المغنى: إنه فى هذه الحالة لابد من تأخير التعليق، فلو علق طلاقها، أولا، بصفة؛ بأن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق، وأردف ذلك التعليق بتعليق آخر متصل به؛ بأن قال: إذا طلقتك فأنت طالق. فوجدت الصفة لم يقع الطلاق المعلق به؛ لأنه لم يحدث بعد تعليق طلاقها شيئاً ؛ لأن وجود الصفة وقوع لا تطليق ، ولا إيقاع ، والتعليق مع وجود الصفة تطليق وإيقاع. أما مجرد التعليق فليس بتطليق ، ولا إيقاع ، ولا وقوع(٢) .

---

(١) حاشية الرملى على هامش أسنى المطالب جـ٣ ص ٣١٠ .
(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ صـ٣١٦ ، ٣١٧ وانظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

تعليق الطلاق بإيقاعه ووقوعه

وقال صاحب المغنى شرحاً لما قاله المنهاج : « أو كلما وقع طلاقى ، فطلق ، فثلاث فى ممسوسة وفى غيرها طلقة » ؛ قال : تقع ثلاث فى الممسوسة ، ومستدخلة ماءه المحترم حين وجود الصفة ؛ لاقتضاء كلما التكرار واحدة بالتنجيز ، وثنتان بالتعليق بكلما ... واحدة بوقوع المنجز ، وأخرى بوقوع هذه الواحدة . وفى غير الممسوسة تقع طلقة ؛ لأنها تبين بالمنجز ؛ فلا يقع المعلق بعدها . وخرج بقوله : كلما وقع طلاقى ، مالو قال : كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم طلق ، فثنتان فقط . . المنجز ؛ وأخرى بحصول التعليق المعلق . والفرق بين الإيقاع والوقوع : أن الأول يرجع للزوج ، والثانى للشرع ؛ لأن الزوج لو أراد تعجيل المعلق بصفة لم يملك ذلك ؛ لأنه يغير حكما ثابتاً بالشرع(١) » .

اتصال الشرط بالجزاء :

يرى الشافعية كما يرى الأحناف أنه لابد لصحة التعليق من عدم الفصل بين الشرط والجزء إلا لعذر . ولهذا لو قال لزوجته : أنت طالق ، وسكت ثم قال : إن دخلت الدار ، فإن كان السكوت لحاجة ، تعلق الطلاق بالشرط ، وإلا ، وقع فى الحال(٢) .

الولاية على المحل حال التعليق :

يرى الشافعية أن تعليق طلاق الأجنبية عن المعلق على زواجه منها ، أو على ملكه لها ، لغو ؛ إذ من أركان الطلاق عندهم الولاية على المحل . وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب ج٣ ص٣١٦ ٣١٧ وأنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص٢٧٨

أما الكتاب ؛ فقوله تعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » فقدر الله الطلاق بعد النكاح لا قبله .

أما السنة ؛ فنها : ما رواه الدارقطنى عن زيد بن على بن الحسين عن آبائه ، أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمى عرضت على قرابة « فقلت : هى طالق إن تزوجتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل كان قبل ذلك ملك » قلت : لا ؛ قال : « لا بأس » وروى ، أيضاً ، بإسناده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال : يوم أتزوج فلانة فهى طالق فقال : « طلق مالا يملك » فهذان الحديثان صريحان فى إبطال التعليق .

ومن السنة أيضاً ماروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو داود وغيره ، وقال الترمذي : حسن صحيح . ورواه الحاكم من رواية جابر بلفظ : « لا طلاق لمن لا يملك ، ولا عتاق لمن لا يملك » وقال : صحيح على شرط الشيخين .

ووجه الاستدلال :

واضح من الحديث الأخير نفى صحة وقوع الطلاق أو تعليق وقوعه وكذلك العتاق لمن أوقعه أو علق وقوعه ، وهو لا يملك المحل الذى يقع عليه الطلاق أو العتاق(١) .

وجود الملك عليه حال الملك

كذلك يرى الشافعية أن الطلاق المعلق على صفة لا بد لوقوعه من وجود الشرط حال الملك الذى تم فيه التعليق وفرعوا على ذلك ؛ فقالوا : وإن علق

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ صـ ٢٨٤ ، ٢٨٥ وحاشية الرملى على هامش أسنى المطالب ذات الجزء والصفحة .

الزوج طلاق زوجته بصفة ، كدخول الدار ، فأبانها قبل الدخول أو بعده، ثم تزوجها ووجدت الصفة قبل التزويج لم تطلق ؛ لانحلال اليمين بالدخول فى حال البينونة ، وكذا إن وجدت الصفة بعد التزويج؛ إذ الأظهر أنه لا يعود الحنث فى الطلاق ولا فى غيره كالإيلاء ، والظهار ، والعتق بعد زوال الملك، أى ملك النكاح فى الأولين ، والرقبة فى الثالث ، وبعد تجدده . وذلك لتخلل حالة لا يصح فيها شىء من ذلك ، فرفع حكم اليمين ، ولأنه تعليق سبق هذا النكاح فلا يؤثر فيه كالتعليق فى حال عدم الزوجية ، ولأنه يمتنع أن يراد به النكاح الثانى لسبقه فتعين الأول وقد انقطع(١) . لكن لو حصل طلاق رجعى بعد التعليق، ثم راجعها ووجد المعلق عليه بعد الرجعة ، فإن الطلاق يقع ؛ لأن الرجعة ليست نكاحاً مجدداً بخلاف الأول .

تعليق الطلاق بمشيئة الله

يرى الشافعية عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله، كما يمتنع بها انعقاد سائر التصرفات كالعتق ، والنذر واليمين والبيع .

الدليل .

واستدل الشافعية لرأيهم بالسنة والمعقول .

أما السنة، فمنها: قوله صلى الله عليه وسلم : «من حلف ثم قال: إن شاء الله فقد استثنى » رواه الترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه .

وجه الاستدلال .

بين الحديث أن التعليق على مشيئة الله هو استثناء ، والاستثناء رفع

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ وحاشية الرملى على هامشه ذات الجزء والصفحة .

حكم اللفظ المتقدم جميعه . ولا لغو فى هذه الحالة؛ فهو تعليق للطلاق بصفة صيغتها التردد إذ المشيئة غيب لا يطلع عليه ، فالمعلق به غير معلوم .

المعقول .

قال الشافعية تعليلا لرأيهم : إن تعليق وقوع الطلاق على مشيئة الله ، تعليق على أمر غير معلوم ؛ لأن مشيئة الله غير معلومة : فكأنه غير قاصد لطلاقها؛ كما قالوا : إن تعليق وقوع الطلاق بمشيئته تعالى يقتضى حدوثها بعد صدور التعليق من المعلق ، كالتعليق بمشيئة زيد ، ومشيئة الله تعالى قديمة ، لايتصور حدوثها(١) .

لا أثر للتعليق عند انعدام القصد

وقال الشافعية : إنه إذا انعدم القصد إلى تعليق الطلاق بمشيئة الله بأن سبق لسان الرجل لتعوده بها ، كما هو الأدب ، أو قصد بها التبرك ، أوأن كل شىء بمشيئته تعالى، أو لم يعلم هل قصد التعليق أولا طلقت. وليس هذا كالاستثناء المستغرق، لأن ذاك كلام متناقض غير منتظم، والتعليق بالمشيئة منتظم . فإنه قد يقع معه الطلاق وقد لايقع(٢) .

تعليق الطلاق بمشيئة من تعلم مشيئته

١ التعليق بمشيئة الزوجة

ولو علق الرجل طلاق زوجته بمشيئتها فلا يخلو الحال ؛ إما أن تكون حاضرة وخاطبها بذلك التعليق، بأن قال لها : إن شئت فأنت طالق، أوغائبة وقال : زوجتى طالق إن شاءت ، ولو حضرت وسمعته . وفى كلتا الحالتين

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٢٩٤ وحاشية الرملى على هامشه ، نفس الجزء والصفحة .
(٢) المصدر السابق .

إما أن يكون التعليق بإن ، أو إذا ، أو غيرهما[1] .

الحالة الأولى :

فى الحالة الأولى وهى حالة ما إذا خاطبها قائلا لها : أنت طالق إن شئت، أو إذا شئت ، كانت هذه الحالة متضمنة تمليكه لها طلاق نفسها كطلقى نفسك، فيشترط جوابها على الفور . والمراد بالفور مجلس التواجب . وقيل : إذا شاءت فى المجلس طلقت ، لأن حريم العقد يقوم مقامه كما فى القبض فى فى الصرف والسلم . وقيل: أى وقت شاءت طلقت،ولا يتقيد ذلك بوقت كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق . أما إذا كان التعليق بغير إن ، أو إذا ، فلا يشترط الفور فى الإيجاب .

الحالة الثانية :

إذا كان التعليق بغير إن أو إذا ، أوكان التعليق بمشيئتها غيبة، كزوجتى طالق إن شاءت . والرأى الأصح فى هذه الحالة أنه لا يشترط الإيجاب فوراً ؛ لبعد أن تكون هذه الحالة بمثابة تمليك الزوجة تطليق نفسها .

رأى آخر :

وقيل : يشترط الفور ؛ نظراً إلى تضمن عبارة : « زوجتى طالق إن شاءت » تمليكها الطلاق .

أهلية من علق الطلاق بمشيئته

التعليق على مشيئة الأجنبى البالغ :

لو علق الطلاق بمشيئة أجنبى، فإن كان خطاباً له كقوله لأجنبى : زوجتى

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

طالق إن شئت ، فنى المسألة الرأيان السابقان. وأصحهما أنه لايشترط الفور .
ولو كان التعليق بمشيئة أجنبي غيبة كقوله : زوجتي طالق إن شاء محمد
فلا يشترط المشيئة فوراً(١) .

تعليق الطلاق بمشيئة الصبي ، أو الصبية:

فى وقوع الطلاق المعلق بمشيئة كل من الصبي أو الصبية رأيان ، أصحهما
أنه لايقع وإن كانا مميزين ؛ لأنه لا اعتبار بمشيئتهما فى التصرفات ، ولأنه
لو قال للصغيرة : طلقي نفسك ، فطلقت، لم يقع ، فكذا إن علق الطلاق
بمشيئتها . وقيل يقع الطلاق المعلق بمشيئة الصبي أو الصبية المميز لأن مشيئة
المميز معتبرة فى اختيار أحد أبويه . أما غير المميز فلا يقع الطلاق المعلق
بمشيئته مطلقاً(٢) .

تعليق الطلاق بمشيئة مجنون :

ولا يقع طلاق علق بمشيئة مجنون ولو بالغا ؛ لأنه وإن اعتبر اللفظ،
لكن لابد من صدوره ممن يتصور أن يكون لفظه معبراً عن مشيئته . لكن
لو قال رجل لمجنون أو لصغير : إن قلت: شئت، فزوجتي طالق ، فقال :
شئت، طلقت ، لوجود المعلق عليه .

تعليق الطلاق على مشيئة أخرس :

لو علق الطلاق بمشيئة أخرس فأشار إشارة مفهمة وقع الطلاق. ومثل
هذه الحالة مالو علق الطلاق على ناطق فخرس(٣) .

(١، ٢) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥

(٣) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٢٥ وانظر أسنى المطالب شرح
روض الطالب جـ ٣ ص ٣١٧ .

التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته :

قال فقهاء الشافعية : إن الطلاق المعلق بمشيئة لا يعلم حصولها ، لا يقع . وذكروا أمثلة لذلك، منها: لو علق الطلاق بمشيئة الملائكة؛ إذ لهم مشيئة ولا نعلم حصولها . وكذلك لا يقع الطلاق المعلق بمشيئة بهيمة ؛ لأنه كتعليق الطلاق بمستحيل، كما قال الماوردى. والتعليق بمستحيل لا يقع به الطلاق[1] .

لا يملك المعلق على المشيئة الرجوع :

وقال الشافعية : إن من علق طلاق زوجته بمشيئة غيره لا يملك الرجوع قبل مشيئة الغير؛ لأنه وإن كان تعليق الطلاق بمشيئة الغير تمليك للطلاق فى بعض حالاته، لكنه فيه شائبة تعليق الطلاق على صفة، فيمتنع الرجوع فيه كسائر التعليقات .

الحلف بالطلاق

التعليق بفعل :

لفقهاء الشافعية رأيان ، فى حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته بفعله، ففعله ناسياً أو مكرها ، أو علقه بفعل غيره قاصداً منعه من الفعل أو حثه على فعله وهو ممن يشق عليه حنثه . وتفصيل ذلك فيما يلى :

١ ــ لو علق زوج طلاقا بفعله ،كدخوله الدار، ففعل المعلق به ناسيا للتعليق ، أو ذاكرا له مكرها على الفعل ، أو طائعا جاهلا، فالرأى الأظهر أن الطلاق لا يقع .

والرأى الثانى : أن الطلاق يقع فليس النسيان ونحوه بدافع للوقوع .

دليل الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأولى بالسنة، التى منها: خبر ابن ماجة وغيره: «إن

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣٢٥ وأنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣١٧

الله وضع عن أمتى الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » أى لا يؤاخذهم بذلك . ومقتضاه رفع الحكم ، فيعم كل حكم ، إلا ما قام الدليل على استثنائه ، كقيم المتلفات .

المعقول

كما استدل لهذا الرأى بالمعقول . وخلاصته : إن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه ، فكذا المكره على الصفة ، ولا فرق بين الحلف بالله تعالى ، وبالطلاق - لكن نقل عن القاضى حسين يقع فى الحلف بالطلاق فى النسيان .

تعليق الطلاق بفعل الغير لأمر مستقبل

ولو حلف الرجل معلقا طلاق زوجته بفعل غيره ، وقد قصد بذلك منعه ، أو حثه ، وهو ممن يشق عليه حنثه ، فلا يخالفه لسبب من أسباب الود كصداقة ، أو قرابة ، أو زوجية ، أو نحو ذلك مما يجعله يحرص على إبرار قسمه ، ولو حياء لمكارم الأخلاق ، وعلم ذلك الغير بتعليق الزوج طلاق زوجته على فعله ، فالأظهر أنه لا يقع الطلاق إذا فعل ذلك الغير الفعل المعلق به الطلاق ناسيا ، أو مكرها ، أو جاهلا .

وفى هذا الموضوع يراعى الآتى :

أولا : يقع الطلاق المعلق على فعل الغير ، إذا لم يقصد المعلق منع هذا الغير بتعليقه من فعل هذا الفعل المعلق به الطلاق أو لم يقصد حثه على فعله .

ثانيا : كذلك يقع الطلاق بفعل الغير الذى علق بفعله الطلاق . إذا لم يكن الغير الذى علق الطلاق بفعله ممن يبالون بالمعلق ، كالسلطان ، والحجيج ، أو كان يبالى به لكنه لم يعلم بالتعليق سواء أتى الفعل فى حالة نسيان أم لا .

وقد علل الشافعية لوقوع الطلاق فى الحالتين السابقتين بقولهم : إن الغرض فى هذه الصور أصبح مجرد تعليق الفعل من غير قصد منع أو حث .

وقال صاحب المغنى : إنه يستثنى من ذلك صورة ما إذا حلف معلقا الطلاق على فعل شخص قاصدا منعه ، أو حثه، وهو ممن يبالى به ، وقصد إعلامه ، ولم يعلم به، فلا تطلق، فقد فهم هذا الحكم من كلام أصل الروضة. وعزاه السبكى للجمهور(١) .

الحلف على نفى شىء وقع

قال صاحب المغنى : إذا حلف على نفى شىء وقع جاهلا به : أو ناسيا ، كما لو حلف أن زيداً ليس فى الدار وكان فيها ، ولم يعلم به ، أو علم ونسى ، فإن حلف أن الأمر كذلك فى ظنه ، أو فيما انتهى إليه علمه : أى لم يعلم خلافه ، ولم يقصد أن الأمر كذلك فى الحقيقة لم يحنث ؛ لأنه إنما حلف على معتقده ، وإن قصد أن الأمر كذلك فى نفس الأمر ، أو أطلق ؛ فنى الحنث قولان : رجح منهما ابن الصلاح وغيره الحنث . وصوبه الزركشى ، لأنه غير معذور ؛ إذ لاحث ولامنع بل تحقيق ، فكان عليه أن يتثبت قبل الحلف ، بخلافه فى التعليق بالمستقبل . ورجح الأسنوى، وغيره أخذا من كلام أصل الروضة عدم الحنث . ورجح بعض المتأخرين أنه يحنث فيما إذا قصد أن الأمر كذلك فى نفس الأمر ، وعدم الحنث عند الأطلاق. وهذا أوجه(٢) .

تعليق الطلاق بفعل بهيمة أو نحوها

وقال الشافعية : لو علق الطلاق بدخول بهيمة ، أو نحوها ، كطفل، فدخلت مختارة ، وقع الطلاق . بخلاف مالو دخلت مكرهة ، فإن الطلاق لايقع ؛ لأنها حين الإكراه كأنها لم تفعل شيئا .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٣٦ .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

الإكراه الذى لا يقع معه طلاق:

يرى الشافعية، كما قلنا سابقا أن المكره بباطل لا يصح منه طلاق، كما لا يصح منه إسلام، ولا تصرف من سائر التصرفات القولية ؛ لخبر : «رفع عن أمتى الخطأ ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» . ولخبر : «لا طلاق فى إغلاق» أى اكراه، رواه أبو داود والحاكم، وصحح إسناده على شرط مسلم . وقال الشافعية فى تعليلهم لهذا الحكم : إن ما صدر من المكره بباطل قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته ، وصح إسلامه ، فإذا أكره عليه بباطل لغا ، كالردة . أما المكره بحق فيقع طلاقه، ويصح اسلام المرتد والحربى بالإكراه لهما عليه ولو من كافر لأنه إكراه بحق .

وحدد الشافعية الإكراه بباطل ـ الذى معه يزول الرضا والاختيار فلا تصح معه التصرفات القولية ـ بأنه الإكراه بعاجل من أنواع العقاب، يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه ، بشرط أن يغلب على ظن المكره أن المكره يفعل به ما هدده به إن امتنع مما أكرهه عليه . ويشرط عجز المكره عن الخلاص من المكره بالهرب ، أو المقاومة ، أو الاستعانة بغيره، ونحو ذلك من أنواع الدفع ، فلو هدد المكره المكره بعقاب مؤجل كقوله له : لأضربنك غدا؛ لم يكن إكراها يفسد معه الرضا والاختيار . ولكن الأذرعى اعترض على ذلك وقال تعليقا على صاحب الروض فى هذا الموضوع[1] : وفى النفس من هذا شىء إذا غلب على ظنه إيقاع ما هدده به لو لم يفعل ، ولا سيما إذا عرف من عادة الظالم إيقاع ذلك .

لا يشترط التنجيز :

ومع اشتراط كون العقاب الذى هدد به المكره عاجلا لكنه لا يشترط تنجيزه بل يكفى التوعد به لفظا .

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

الإكراه يختلف باختلاف الأشخاص والأسباب

ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها فقد يكون الشيء إكراها فى شخص دون آخر وفى سبب دون آخر. فالتخويف بالحبس الطويل ، والصفع ظاهرا فى الملأ ، وتسويد الوجه ، والطواف فى السوق لذى مروءة إكراه ، والتخويف بإتلاف الولد أو الوالد إكراه ، والتهديد بإتلاف جميع المال أو أكثره إكراه.

التهديد بإتلاف المال القليل

وقال الشافعية إن التهديد بإتلاف المال يختلف باختلاف الأشخاص ؛ فمن هدد بإتلاف مال لايضيق عليه ، كخمسة دراهم فى حق الموسر ، لايعتبر إكراها ؛ لأن الإنسان الموسر لايحزنه ضياع مثل هذا القدر من المال ، بخلاف المعسر . قال صاحب أسنى المطالب.[1] : وحصول الإكراه بماذكر هو ما صححه فى الروضة. وقال : لكن فى بعض تفاصيله نظر . والذى حكى عن النص . وصححه المنهاج كأصله ، وقال فى الشرحين : إن الأرجح عند الأئمة. وصوبه الزركشي : أنه يحصل بمحذور من نحو قتل، أوقطع ، أو أخذ مال ، أو اتلافه ، أو ضرب ، أو حبس ، أو استخفاف . وتختلف الثلاثة الأخيرة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم . ولا يختلف به ما قبلها، وقيل يختلف به أخذ المال أيضا . واختاره الرويانى ، وجزم به جماعة من شراح المنهاج. وهو ظاهر . والحاصل أن الإكراه يحصل بما ذكر ونحوه .

طلق زوجتك وإلا قتلت نفسى

ولايعتبر فى نظر الشافعيه من قبيل الإكراه قول رجل لآخر : طلق زوجتك ، وإلا قتلت نفسى ، أوكفرت ، أو أبطلت صومى ،

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

أو صلاتى ، كما لا يرون أنه من قبيل الإكراه قول مستحق القصاص لمن سيقتص منه : طلق امرأتك وإلا اقتصصت منك .

الإكراه على الحلف

لكن الشافعية اعتبروا تهديد اللصوص لرجل، بعد تركهم له، إن لم يحلف بالطلاق انه لا يشيء بهم فحلف ، انه من قبيل الإكراه منهم له على الحلف ، فإذا أخبر بهم لم تطلق زوجته .

ادعاء الإكراه على الطلاق

لو ادعى الرجل أنه إنما طلق مكرها ، فانكرت زوجته ما ادعاه . فإن وجدت قرينة شاهدة له كالحبس مثلا ، فالقول قوله بيمينه ، وإلا فلا[1] .

تعليق الطلاق بمستحيل

إذا علق رجل طلاق زوجته بمستحيل عرفا، كصعود السماء، والطيران ، أو علق طلاق زجته بمستحيل عقلا كالجمع بين الضدين ، أو علقه بمستحيل شرعا كنسخ صوم رمضان ، فلا يقع الطلاق . ؛ لأنه لم ينجز الطلاق بل علقه ، ولم توجد الصفة . وقد يكون الغرض من التعليق بالمستحيل امتناع الوقوع لامتناع المعلق به ، كما فى قوله تعالى: «حتى يلج الجمل فى سم الخياط».

المذهب المالكى

إضافة الطلاق وتعليقه

إضافة الطلاق إلى زمن وتعليقه به لا يخلو من حالات نفصلها فيما يلى :

أولا — حالات يقع فيها الطلاق المعلق منجزا

١ — تعليق الطلاق بماض :

لو علق الطلاق بماض ممتنع عقلا، أو عادة، أو شرعا وقع الطلاق منجزا، دون حاجة إلى حكم حاكم، فمن قال لزوجته : يلزمنى الطلاق لو جاء زيد أمس

---

(١) أنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب حـ٣ص٢٨٣ وحاشية الرملى على هامشة . وانظر مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج حـ٣ ص ٣١٦

بجمعت بين وجوده وعدمه وقع الطلاق فورا ؛ لأن الطلاق، بحسب الظاهر، مرتبط بالمحال بأوجهه ، وفى الواقع إنما هو بنقيضه، فإذا كان مرتبطا ظاهرا بالمحال عقلا ، فهو فى المعنى معلق على ضده ، وهو الوجوب العقلى[1] . ومن قال لزوجته يلزمنى الطلاق لو جاء زيد أمس لزنى بامرأته أو لرفعته إلى السماء، فالطلاق يقع فورا .

٢ — تعليق الطلاق على أمر مستقبل :

ولو علق الرجل طلاق زوجته على أمر محقق الوجود فى المستقبل لوجوبه عقلا ، أو عادة ، بأن يحتمل بلوغهما معا إليه عادة ، بأن كان الزمن المربوط به هذا الأمر المستقبل المعلق الطلاق على عدمه أو وجوده أو الزمن المحدد لوقوع الطلاق عند وجوده زمنا يساوى عمر الزوجين ، أو أقل، من عمرهما عادة، فإن الطلاق المعلق يقع منجزا فى هذه الحالة . فمن قال لزوجته: أنت طالق بعد سنة وقع طلاقه منجزا . ومن قال لها : أنت طالق يوم موتى، أو قبل موتك بيوم ، أو شهر وقع طلاقه منجزا بخلاف قوله لها: أنت طالق بعد موتى ، أو موتك ، أو إن مت ، أو ان متى ، أو إذا مت ، أو متى فأنت طالق، فلا يقع فى هذه الحالات شىء ؛ إذ لا طلاق بعد موت، بخلاف ما لو علق الطلاق على موت الأجنبى، بإن أو إذا ، يوم موته أو بعد موته، فإن الطلاق يقع حالا ؛ لأنه علقه فى المستقبل بمحقق يشبه بلوغهما إليه عادة ؛ فمن قال لزوجته: أنت طالق يوم موت محمد طلقت فورا .

٣ — تعليق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين

ولو علق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين عادة فلا يقع الطلاق. وكذلك لو كان يبلغه عمر أحدهما دون الآخر ، قال عيسى عن ابن القاسم:

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٩٠

ومن طلق امرأته إلى مائة سنة ، أو إلى مائتى سنة فلا شىء عليه . وقال ابن الماجشون فى المجموعة : إذا طلقتها إلى وقت لا يبلغه عمرها ، أولا يبلغه عمره ، أو لا يبلغانه لم يلزمه(١).

٤ — تعليق الطلاق على أمر لا يقدر عليه :

ويقع الطلاق منجزاً لو علق طلاق زوجته على أمر غير مقدور له؛ فمن قال لزوجته: أنت طالق إن لم أمس السماء، فعدم المس للسماء مستقبلا محقق، وقد علق الطلاق عليه، فينجز.

٥ — تعليق الطلاق على أمر محقق

ولو قال لزوجته : أنت طالق إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو إذا لم يكن هذا الطائر طائراً، فإن الطلاق يقع منجزاً .

وقال المالكية تعليلا لذلك : إن قول الزوج : إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو هذا الطائر طائرا ، أو إن لم يكن هذا الإنسان إنساناً يعد ندماً بعد الوقوع ؛ لأنه لما وقع عليه الطلاق ندم ، فأحب أن يرفع ذلك بالشرط ، لكن لو قدم الشرط وأخر الجزاء بأن قال : إن لم يكن هذا الحجر حجراً فأنت طالق ، لم يلزمه طلاق ؛ لأنه علق الطلاق على انتفاء الحجرية عن الحجر وهى لا تنتفى ، فلا يقع طلاق لعدم حصول المعلق عليه . ولو قال :إن كان هذا الحجر حجراً فأنت طالق، فيقع الطلاق منجزاً، قدم الجزاء أو أخره .

٦ — تعليق الطلاق بما لا صبر عنه

ولو علق الطلاق بما لا صبر عنه : لوجوبه عادة كإن قمت ، أو قعدت،

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٩٠ .

أو أكلت أنت ، أو أنا ، أو فلان. فأنت طالق،وأطلق ، أو قيد بمدة يعسر فيها ترك القيام مثلا ، وقع الطلاق منجزا .

٧ — التعليق على أمر غالب الوقوع

وكذلك يقع الطلاق منجزا لو علقه على أمر يغلب وقوعه ، فمن قال لزوجته : إن حضت ، فأنت طالق ،وكانت ممن تحيض أو يتوقع حيضها ، كصغيرة لا آيسة وقع الطلاق منجزا تنزيلا للغالب منزلة الأمر المحقق .

٨ — تعليق الطلاق على محتمل واجب

ويقع الطلاق منجزا لو علق الطلاق على أمر محتمل وقوعه وعدمه، لكنه واجب كإن صليت فأنت طالق ، أو إن صلى فلان فأنت طالق، لكن فى هذه الحالة يتوقف التنجيز على حكم الحاكم . والظاهر أن الطلاق يقع. ولو كان المعلق وقوع الطلاق على صلاته من التاركين للصلاة ، أوكافرا، تنزيلا لوجوبها منزلة وقوعها[1] .

٩ - تعليق الطلاق بما لا يعلم حالا

وقال المالكية، أيضا ، بوقوع الطلاق منجزا إذا ما علق بأمر لا يعلم حالا ، ويعلم مآلا؛ فمن قال لزوجته، ظاهرة الحمل: إن كان فى بطنك غلام ، أو إن لم يكن فى بطنك غلام؛ فأنت طالق وقع طلاقه حالا ؛ دون الانتظار حتى يظهر ما فى بطنها ، وعلل المالكية لوقوع الطلاق على الفور بقولهم : إن الطلاق يقع، للشك فى اليمين فى الحال؛ هل هى لازمة ، أولا ؛ فالبقاء معها بقاء على فرج مشكوك فيه[2] .

١٠ — التعليق على مشيئة من لا تعرف مشيئته

ولو علق رجل طلاق زوجته على مشيئة لا يمكن اطلاعنا عليها

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير حـ٢ ٣٩١ .

(٢) المصدر السابق .

لا فى الحال ، ولا فى المآل، كتعليقه الطلاق على مشيئة الله بقوله : «أنت طالق إن شاء الله» أو تعليقه الطلاق على مشيئة الملائكة أو الجن كقوله : «أنت طالق إن شاءت الملائكة أو الجن» ؛ فإن الطلاق المعلق فى هذه الحالات يقع منجزاً ؛ لأن المشيئة لا تقع فى غير اليمين بالله ، كما يقع الطلاق فى الحال إذا علقه على فعل وصرف المشيئة إلى الفعل نفسه كقوله(١) : «أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله» وصرف المشيئة للدخول ، أى إن دخلت بمشيئة الله؛ فإن وجد الدخول فى الدار ، فيرى ابن القاسم وقوع الطلاق لحصول المعلق عليه ؛ لأن الشرط معلق بمحقق ، فإن كل شىء بمشيئة الله تعالى ، والاستثناء لاغ .

رأى آخر

ويرى أشهب وابن الماجشون أن الطلاق لا يقع فى حالة صرف المشيئة للمعلق عليه فى مثل «أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله» حتى ولو فعلت المعلق عليه، وهو دخول الدار .

لزوم الطلاق

ولا خلاف فى لزوم الطلاق فى حالة قول الرجل لزوجته : «أن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله» وصرف المشيئة للمعلق وهو الطلاق ، أولهما أو لم تكن له نية ، فيلزم الطلاق اتفاقاً ، حيث حصل المعلق عليه(٢) .

١١ — تعليق الطلاق على فعل محرم

وقال المالكية بوقوع الطلاق حالا إذا علق على فعل محرم إلا أن يتحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالقَ إن لم أزن ، أو إن

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٢ ، مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص٧٦ والتاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ٧٦ .

لم أشرب الخمر ، وقع الطلاق فى الحال ، ولا يمكن من فعل الحرام لكن ينجز عليه فى هذه الحاكم أو جماعة المسلمين . ولا يقع عليه طلاق قبل الحكم من الحاكم . لكن إذا تحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز فتنحل يمينه ، ولا يطلق عليه . وقال صاحب مواهب الجليل : والظاهر أنه لا يبر بمقدمات الجماع(١) .

تعليق الطلاق على موت إنسان

المنصوص عليه فى المذهب فيمن علق الطلاق على موت إنسان؛ فيقول : امرأتى طالق ، إذا مات فلان ، أو بموت فلان،قال ابن رشد : يعجل عليه الطلاق ؛ لأنه لابد أن يكون ، بخلاف ما إذا قال : امرأتى طالق يوم مجىء أبى فلا خلاف فى أنه يبقى مع زوجته ، فإن جاء أبوه طلقت عليه .

تعليق الطلاق على شىء لا يعلم حالا ولا مآلا

قال ابن الحاجب : وإن علق الرجل طلاق زوجته على ما لا يعلم حالا ومآلا ، طلقت . وقال ابن عرفة : هذا كقول ابن رشد فى مسألة : الشك،منه ما يتفق على جبره على الطلاق كقوله : امرأته طالق إن كان أمس كذا وكذا ، لشىء يمكن أن يكون ، وألا يكون ولا طريق لاستعماله . وقال العلامة خليل : « ودين إن أمكن حالا وادعاه » وشرح هذا القول صاحب التاج والإكليل بقوله : سمع يحي بن القاسم من قال : امرأته طالق إن لم يكن فلان يعرف هذا الحق ، لحق يدعيه ، فقال المدعى عليه : امرأته طالق إن كان يعرف له فيه حقا . دينا جميعا ، ولاحنث على واحد منهما . ابن رشد مثله فى الأيمان بالطلاق من المدونة ... لكن هل يحلفان على ما ادعياه أم لا ؟ رأى فى المذهب لا يشترط الحلف — ورأى آخر روى عن ابن القاسم أنهما يحلفان — ورأى لابن رشد أنهما إن أتيا مستفتيين

(١) أنظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص٣٩٢ ، مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص٧٦ والتاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل جـ٤ ص ٧٦ .

فلا وجه لليمين. وإلى الرأى الأخير أشار كثير من شراح متن خليل فقالوا : ولو علق الرجل طلاق زوجته على شىء لا يعلم حالا ، ولا مآلا ينجز عليه الطلاق بمجرد يمينه ، ويحلف فى القضاء دون الفتوى، إن أمكن الاطلاع عليه حالا ، وكان بحيث لا تحيله العادة ، وذلك كمن حلف أنه رأى الهلال ليلة الثلاثين والسماء مطبقة بالغيم(١).

ثانياً — حالات لا يقع فيها الطلاق المعلق

١ — تعليق الطلاق على فعل مستقبل ممتنع عقلا

إذا علق الطلاق بمستقبل ممتنع عقلا فى صيغة بر كأن يقول لامرأته : أنت طالق إن جمعت بين الضدين فلا يقع الطلاق لا حالا ، ولا مآلا

٢ — تعليق الطلاق بمستقبل ممتنع عادة

كذلك لا يقع الطلاق المعلق بمستقبل ممتنع عادة وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن لمست السماء فأنت طالق ، أو إن حملت الجبل فأنت طالق .

٣ — تعليق الطلاق بمستقبل ممتنع شرعاً

وكذلك لا يقع الطلاق بمستقبل ممتنع شرعاً وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن زنيت فأنت طالق ، فقد علق الطلاق على الزنا فى المستقبل وهو ممتنع شرعا .

تعليل فقهاء المالكية للحالات السابقة

قال فقهاء المالكية معللين عدم وقوع الطلاق فى الحالات الثلاث السابقة إن الرجل علق طلاق زوجته على شرط ممتنع وجوده ، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط .

(١) انظر التاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٧٦ — والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ وفتح الجليل للشيخ محمد عليش ج ٢ ص ٣٩٢ باب تعليق الطلاق .

صيغة الحنث يقع فيها الطلاق

وقال المالكية لو أن الرجل علق طلاق زوجته بمستقبل ممتنع عقلا وعادة وشرعا ، وكانت الصيغة صيغة حنث بأن قال : إن لم أجمع بين وجودك وعدمك ، أو بين الضدين فأنت طالق ، أو أن لم أمس السماء فأنت طالق ، فإن الطلاق ينجز عليه(١) .

٤ — تعليق الطلاق على مشيئة لم تعلم

قال المالكية : إذا علق الرجل طلاق زوجته بمشيئة من كان شأنه أن تعلم مشيئته وهو الآدمى بأن قال أنت طالق إن شاء زيد ، فمات زيد، ولم تعلم مشيئته سواء شاء شيئاً ولم تعلم حقيقته ، أو لم يشأ شيئاً ، أو علق طلاق زوجته بمشيئة رجل يعتقد أنه على قيد الحياة وقت التعليق لكنه فى الواقع كان ميتاً ولم يعلم الحالف بموته . أما لو كان عالماً بموته وقت التعليق ففى المذهب رأيان ، أرجحهما أن الطلاق لا يقع . والثانى ما قاله اللخمى من تنجيز الطلاق عليه فى هذه الحالة(٢) .

(١، ٢) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٩٤ . وانظر مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٧٦ والتاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل ذات الجزء والصفحة .

اليمين المنعقدة وهى اليمين المستقبلة تتنوع إلى نوعين هما

١ — صيغة حنث

٢ — صيغة بر

فصيغة الحنث : وهى التى يكون الحالف فيها على حنث حتى يفعل المحلوف عليه كقول لإنسان: والله لا اضربن محمدا ، أو لان لم أضرب محمدا يلزمنى كذا ففى هذه الحالات لم يذكر أجلا والتزم الفعل فهو على حنث حتى يفعل المحلوف عليه ، ويبرأ ذمته

وصيغة البر : وهى التى يكون فيها الحالف على البرآءة الأصلية ، حتى يفعل المحلوف عليه ، فيحنث لان فعله مثل لا أكل لحما ، فإن أكل اللحم حنث . أو أن فعلت كذا يلزمنى كذا .

جاء فى الدسوقى على الشرح الكبير ج٢، ص١٣١ ، ١٣٢ باب الايمان ما يأتى : « والمنعقدة على بر بأن فعلت ، ولا فعلت » والمعنى فيهما لا أفعل كذا ؛ لأن الكفارة لا تتعلق بالماضى ، وإنما كانت منعقدة على بر ؛ لأن الحالف بها على البرآءة الأصلية حتى يفعل المحلوف عليه . . .

وقال أيضا : « أو حنث بلأفعلن ، ولان لم أفعل لان لم يؤجل » وسميت يمين حنث لأن الحالف على حنث حتى يفعل المحلوف عليه .

٥ — تعليق الطلاق على محال

قال ابن عرفة : لو علق الطلاق على محال ، كإن شاء هذا الحجر في المدونة: إن قال لها: أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو هذا الحائط فلا شيء عليه في ذلك — قال صاحب مواهب الجليل قال الرجراجي : وإن علقه بمشيئة ما لا تصح مشيئته كالجمادات وغيرها من الحيوانات مثل أن يقول : أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو إن شاء هذا الحمار ؛ هل يلزم الطلاق أم لا ؟ فالمذهب على قولين ؛ أحدهما أنه لا شيء عليه وهو قول ابن القاسم في المدونة . والثاني ، وهو قول ابن القاسم في النوادر وبه قال سحنون[1] وقال صاحب التاج والإكليل : وإذا لم تعلم مشيئة المعلق بمشيئته من المدونة قال ابن القاسم : من قال لزوجته أنت طالق إن شاء فلان ؛ فذلك له ، لأنه ممن يوصل إلى علم مشيئته ، وينظر ما يشاء فلان ، فإن مات قبل أن يشاء ، وقد علم بذلك ، أو لم يعلم ، أو كان ميتاً فلا تطلق عليه : ابن يونس لأنه لم يشأ إذا مات قبل أن يشاء قال ابن القاسم وكذلك إذا قال: أنت طالق إن شاء هذا الحجر والحائط فلا شيء عليه . بن يونس ؛ لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئة فيطلقها بها[2] .

تعليق الطلاق على غالب الوجود

اختلف قول مالك إذا علق الطلاق على شيء الغالب فيه أن يوجد كأن يقول : امرأتي طالق إن حاضت فلانة ، وهي في سن من تحيض . فقد قال ابن القاسم : إنه يعجل عليه الطلاق[3] وقال ابن عرفة . المعلق على غالب الوجود ، كالحيض ، المشهور تعجيل الطلاق . وقال ابن يونس فيمن قال لامرأته : إن حضت فأنت طالق ، وقد قعدت عن الحيض لم تطلق إلا أن تحيض ، وقال اللخمي : إذا كانت المرأة يائسة ممن لم تر الحيض . لم يعجل الطلاق على حال

(١ ، ٢) مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص٧٦ — وانظر التاج والأكليل المواق على هامش مواهب الجليل ذات الجزء والصفحة .

(٣) التاج والإكليل للمواق جـ٤ ص ٥٣ . ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٧٠ .

وقال ابن عبد السلام: إن اليائسة والصغيرة يقول لهما، أو لأحدهما: إذا حضت، فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى دم الحيض.

٦ — تعليق الطلاق على أجل لا يبلغه عمرها

ولو علق طلاقها على أجل لا يبلغه عمرها ، أو أحدهما، غالبا ، فإنه لا يقع الطلاق المعلق لا حالا ولا مآلا ، ولو انخرمت العادة وعاشا إلى الأجل المعلق عليه . والمعتبر العمر الشرعي، وقال في التوضيح: قال في البيان: والمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود، على الاختلاف بينهم في ذلك .

٧ — إضافة الطلاق إلى زمن الصبا والجنون :

ولو قال الرجل لزوجته: طلقتك وأنا صبي ، أو مجنون ، فلا شيء عليه إن كانت في عصمته وهو صبي، أو مجنون ، وعلم تقدم جنونه ، وأتى بلفظ ما ذكر نسقا ، ولا حنث ؛ لأنه يعد قوله : وأنا صبي أو مجنون ندما منه على وقوع الطلاق . ويرى ابن ناجي أن الحكم كذلك فيما لو قال الرجل لزوجته: طلقتك في منامي ، أو قبل أن تولدي(١) .

٨ — إضافة الطلاق إلى موته أو موت زوجته

ولو قال لها : أنت طالق إذا مت أنا ، أو إذا متي أنت، أو إن مت أنا أو إن متي أنت، فلا شيء عليه ، إذ لا طلاق بعد تحقق الموت ، بخلاف يوم موتي ؛ لأن يوم الموت يصدق بأوله قبل حصول الموت ، لكنه لو قصد بأن، أو بإذا، نفي الموت إما مطلقا ، أو من مرض خاص، فإنه يحنث ؛ لأن العبارة أصبحت بمثابة قوله : أنت طالق لا أموت أو لا تموتين. وهذه صيغة بر، في معنى : أنت طالق إن مت، أي مطلقا ، أو من هذا المرض فهو في الأول علق الطلاق على أمر محقق ؛ لأن الموت واجب عادي ، وفي الثاني علقه على أمر غير معلوم حالا(١) .

(١ ، ٢) الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص٣٩٥ — وانظر مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٧٧ وراجع ما كتبناه تعليقا وبيانا ليمين البر في ص ٥١٦ السابقة من هذا الكتاب .

الولاية على المحل

تعليق الطلاق على الزواج

من المتفق عليه أن الطلاق لا يقع إلا إذا صادف محلا مملوكا للزوج، وكان الطلاق صادرا ممن يملكه . ولكن إذا علق الرجل طلاق امرأة على زواجه بها ثم تزوجها فهل لهذا التعليق أثر ؟ في المذهب رأيان هما :

الرواية المشهورة

روى عن مالك أنه قال بصحة تعليق الطلاق على الزواج من أجنبية عن المعلق حال التعليق، وأنه إذا تزوجها وقع الطلاق عقب الزواج مباشرة، وأنه يستوى في هذا أن يكون التعليق صريحا ، أو بالنية ، أو يدل عليه بساط . وهذا الرأى هو قول مالك الذى رجع إليه . وقد وافق به رأى أبى حنيفة وخالف رأى الشافعى رضى الله تعالى عنهم . فمن قال لأجنبية عنه : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال خاطب الأجنبية، حال خطبتها، وهى حاضرة معه، لخلاف نشأ بينه وبين أبيها : أنت طالق، أو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ونوى أن ذلك يكون بعد نكاحها[1] ثم تزوجها وقع الطلاق عقيب الزواج .

رأى آخر

وروى ابن وهب والمخزومى لاشىء عليه . فلا يقع الطلاق المعلق وقد أفتى بذلك ابن القاسم صاحب الشرطة . وقال ابن رشد : وذلك صحيح على أصولهم فى مراعاة الخلاف؛ لأن الخلاف فيه قوى مشهور[2] وقد استدل لهذا القول بأحاديث كثيرة إلا أنها معلولة عند المحدثين. ومنهم من صحح بعضها ومنها

(١) منح الجليل على مختصر خليل للعلامة الشيخ محمد عليش حـ ٢ ص ١٣٤ .

(٢) التاج والأكليل على هامش مواهب الجليل على مختصر خليل حـ ٤ ص ٤٨ وانظر منح الجليل على مختصر خليل الشيخ عليش حـ٢ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

قوله ﷺ : «لا طلاق إلا من بعد نكاح» وروى : «لاطلاق قبل نكاح» وروى: «لاطلاق فيما لا تملك»، وروى: «لا طلاق إلا فيما تملك ، ولاعتق إلا فيما تملك ، ولابيع إلا فيما تملك، ولا وفاء إلا فيما تملك» ؛ وقال البخارى: هذا أصح شىء فى الطلاق قبل النكاح .

انحلال اليمين

تنحل اليمين فى تعليق الطلاق على شىء بوجود المعلق عليه وبشرط أن يكون ذلك فى حال وجود المرأة فى عصمة زوجها فمن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت، وانحلت اليمين ؛ لأن أداة التعليق هنا لاتفيد التكرار .

قال القرآفى فى آخر الفرق الثانى والثلاثين بعد المائة : وإذا قال إن دخلت الدار فعبد من عبيدى حر، أو امرأته طالق، فخالف ودخل، عتق عبد من عبيده ، وطلقت امرأته طلقة واحدة ، فان عاد وخالف مقتضى التعليق لم يلزمه عتق عبد آخر ، ولا طلقة أخرى . ثم قال : ومثل ذلك إذا حلف بالطلاق لا أكلم زيداً فخالع امرأته ، وهو وكلم زيدا لم يلزمه بهذا الكلام طلاق . فلو رد امرأته وكلمه حنث عند مالك رحمه الله . وفى رسم شك من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق، وسئل مالك عن رجل يحلف بطلاق امرأته ألبتة إن خرجت إلى بيت أهلها إلا بإذنه إن لم يضربها ، فخرجت مرة فضربها ، هل ترى عليه شيئاً إن هى خرجت قال : لا، إلا أن يكون نوى ذلك .

ملك المحل بعد زواجها بآخر

لو قال رجل لامرأته : متى حللت حرمت بعد أن طلقها ثلاثاً ؛ ثم تزوجت بآخر، وفارقها، وأراد الأول أن يتزوجها فهل يلزمه شىء لو فعل ؟ سئل أبو القاسم بن سراج فى ذلك فأجاب: بأن له أن يراجعها . وعلق على

ذلك صاحب مواهب الجليل فقال : والظاهر أنه يفصل فى ذلك؟ فإن أراد بقوله : متى حللت حرمت ، أنها إذا حلت له بعد زواجها زوجا غيره ، فهى حرام عليه ، وأن تزويجها لا يحلها ، فلا يلزمه شىء . كما قال المفتى . وإن أراد أنها إذا حلت له بعد زوج فان تزوجها فهى حرام ، فيلزمه التحريم فيها ويفصل فيه بين إن ، وكلما ، ومتى . ويأتى الكلام الذى فى هذه الحروف. والمتبادر من اللفظ هو المعنى الأول ؛ هو أن الحالف لما طلقها ثلاثا وحرمت عليه ، وكانت حرمة نكاحها ترتفع بزواجها ، أراد أن يبطل ذلك ، وأنه إذا حل زواجها له بعد زوج تصير عليه حراما كما كانت . هذا هو الظاهر من اللفظ . وإذا كان كذلك فلا يلزمه شىء ؛ لأنه بمنزلة من حرم تزويج امرأته على نفسه فانها تحرم عليه . وقد ذكر ابن سهل مسألة تشبه هذه أو هى أقوى من هذه ، قال عنه وكتبت إليهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا فتزوجها بعد زوج ، فكتب إليه ابن عتاب : لا تحرم عليه الأبد ، وله نكاحها بعد زوج إن شاء الله تعالى ، إلا أن يكون أراد بقوله أو بعد زوج إن تزوجها بعد زوج ، فهى طالق ثلاثا ، فان أراد هذا ، أو عقد عليها حلفه ، فلا سبيل له إليها والله الموفق للصواب .

وقال ابن القطان : متى طلقت عليه البتة ، فلا تحرم عليه إن تزوجها بعد زوج . وله ذلك إن شاء الله تعالى . وجواب ابن مالك : الظاهر أن فيه تقديما أو تأخيرا ، وصوابه إذا طلقت عليه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ، والله أعلم . وجواب ابن عتاب أتم من جوابها(١) .

حلف الزوج لا يرد مطلقته

سئل المازرى عمن طلق زوجته ثلاثا والتزم عدم ردها بعد زوج ، ولا تكون له زوجة ما دامت الدنيا . فأجاب : إن قال . لا أردها قولا مجردا

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤ .

من غير تعليق ما يوجب تحريمها ، ولا فهمته البينة عنه ، وليس فى سياق كلامه وقرائن أحواله ما يدل على ما ذكرناه فلا تحرم عليه .

متى ما تزوجتها فهى طالق ثلاثا وهى على حرام

وسئل المازرى أيضاً عمن كلم فى تزويج بعض قرابته ، ثم بلغه عن أبيها قبيح فقال : متى ما تزوجتها فهى طالق ثلاثا . وأردف وهى عليه حرام. فما يلزمه من ذلك ؟ وهل تحل له بعد زوج أم لا . ؟ فأجاب : متى تزوجها طلقت عليه. ثم إن تزوجها بعد زوج نظر فى قوله متى ما ، فإن أراد كلما تزوجها ، تكرر عليه الحنث . وإن أراد مرة واحدة فلا يتكرر .

لو صدر تعليق الطلاق من عوام الناس

نقل عن الشيخ أبو محمد الشبيبى أنه حكى بسنده عن ابن قداح الإفتاء بعدم لزوم التحريم فيمن طلق زوجته ثلاثا، ثم وقعت بينهما خصومة فقال: هى على حرام وأراد أن يتزوجها بعد زواجها من زوج ثان، وطلاقها منه، وسند هذه الفتوى : أن العامة لا تعرف التعليق ، ولا تقصده ويقول صاحب مواهب الجليل[1] فى هذا الموضوع أيضاً : « وحكاه شيخنا الإمام عن شيخنا الفقيه القاضى أبى حيدرة ، وكان أولا يختار اللزوم وهو الذى حكاه فى مختصره ، ويقول : العامة تقصد التعليق ، ولكن لا تعرف أن تكنى عنه . ثم شهدته رجع إلى الفتوى بهذا فى وسط عمره وآخره ، ورأيت بخطه كذلك بعد أن حكى فيه ما تقدم ، وقال : إن أخذ السائل بالرخصة لم أعبه . وسلكه الآن أتباعه من بعده انتهى[1] .

أنت على حرام فى الدنيا والآخرة

وسئل الفقيه أبو على القورى ، فيمن قال لامرأته : أنت حرام على فى

---

(١) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل جـ ٢ ص ١٣٥ والدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٩٢ .

الدنيا والآخرة . هل تحرم عليه أبدا ولو بعد زوج آخر ؟ فأجاب : إن له نكاحها بعد زوج[1] .

القرينة توضح القصد

سئل ابن سراج فى رجل قصد غشيان زوجته ، فلم تطاوعه فقال لها فى الحين : هى حرام على فى هذه الساعة . وخرج عن السرير حيث كان معها مضطجعا ، فما يجب عليه فى قوله هذا ؟ فأجاب : الحمد لله ، ذكر موصله أنه الحالف ، وأنه لم ينو بقوله : هى عليه حرام طلاقا ، ولا تحريماً . وإنما أراد الامتناع منها فى الحال . والجواب : أنه لايلزمه لعدم النية على الصحيح[2] .

كل امرأة يتزوجها عليها طالق

فى المدونة : إن من قال لزوجته : كل امرأة أتزوج عليك طالق ، ثم طلق المحلوف لها، واحدة . فانقضت عدتها، ثم تزوجها ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هى عليها . فإن الأجنبية تطلق فى الوجهين، ما بقى من طلاق الملك الأول شىء ، ولا حجة له إن قال : إنما تزوجتها على غيرها ، ولم أنكح غيرها عليها ، ولا أنويه . وإن ادعى نية لأن قصده ألا يجمع بينهما ؛ لأن اليمين على نية المحلوف لها أما لو قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة طالق . لزمه الطلاق سواء كانت فلانة تحته أم لا . فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى بقوله : ما عاشت أى ما دامت تحتى فله نية. فإن لم تكن له نية لم يتزوج ما بقيت إلا أن يخشى العنت .

عدد الطلقات رهن بصفة الزوج

للحر ثلاث طلقات وللعبد طلقتان . فلو علق عبد الثلاث على الدخول بأن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ، ثم عتق فدخلت الدار[3] طلقت ثلاثاً . ولو قال اثنتين بقيت واحدة . ولو طلق واحدة ،

(١، ٢، ٣) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل ج ٢ ص ١٢٥ والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ .

ثم عتق بقيت واحدة ؛ لأنه طلق النصف . قال فى المدونة : تكر طلق طلقة ونصف طلقة .

المذهب الحنبلى

إضافة الطلاق إلى زمن ووصف

جعل الزمن ظرفاً للطلاق

قال الحنابلة : إذا جعل الزوج طلاق زوجته فى زمن معين وقع الطلاق فى أول جزء منه وفرعوا على ذلك فقالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق فى رمضان مثلا، وقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولى منه، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذى قبله وهو شهر شعبان . وقال الحنابلة تعليلا لما تقدم : ان الرجل جعل الشهر ظرفا للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت[1] .

عدم وقوع الطلاق قبل وجود الزمن أو الصفة

وقال الحنابلة : إذا أوقع الرجل الطلاق فى زمن ، أو علقه بصفة تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن وهم بذلك القول يوافقون الأحناف، والشافعية . أما المالكية فقد سبق أن أبنا أن رأيهم هو وقوع الطلاق منجزاً إذا ما علق بصفة تأتي لا محالة وأنهم قالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق إذا دخل رمضان يقع الطلاق فى الحال ؛ لأن النكاح لا يكون مؤقتا بزمان فالنكاح المؤقت باطل .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : ان الطلاق المضاف إلى زمن معين ، أو إلى صفة تحدث

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ .

فى زمن معين هو تعليق للطلاق على أمر لم يوجد الا عند وجود ما علق عليه، والطلاق إزالة للملك وازالة الملك يصح تعليقه بالصفات، فلى علقه الزوج بصفة لم يقع قبلها كالعتق . كذلك احتج الحنابلة بما روى عن ابن عباس أنه كان يقول فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال. يطأ فيما بينه ، وبين رأس السنة . كما احتجوا بقول أبى ذر : « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول »

رد اعتراض

وقد رد الحنابلة ماأثاره المالكية من أن القول بوقوع الطلاق عند وجود الزمن المعلق عليه يلزم منه توقيت نكاح المرأة المعلق طلاقها على وجود الزمن . والنكاح المؤقت باطل ؛ فقالوا : ان الرجل اذا أوقع الطلاق فى زمن ليس هذا توقيتا للنكاح ، وإنما هو توقيت للطلاق . وهذا لا يمنع ؛ كما أن النكاح لايجوز أن يكون معلقا بشرط . والطلاق يجوز فيه التعليق .

أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا

وقال الحنابلة بوقوع الطلاق عند حلول أول الوقت المعلق عليه الطلاق فيما لو قال الرجل لامرأته : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا. وخالفهم فى هذه الحالة أبو حنيفة فقال بوقوع الطلاق فى الحال ؛ لأن قول الرجل لزوجته: « أنت طالق » إيقاع فى الحال . وقوله إلى شهر كذا تأقيت له، وغاية. والطلاق لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق.

رد الحنابلة شبه الأحناف:

قال الحنابلة : ان قول الرجل لزوجته : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا ، كما يحتمل أن يكن توقيتا للطلاق وغاية ، يحتمل كذلك أن يكون توقيتا لإيقاع الطلاق كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أى بعد سنة ، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك . بل ان احتمال كون قوله :

« إلى سنة ، أو إلى شهر » انه توقيت لإيقاع الطلاق يترجح ؛لأمرين : أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله . والثانى — أن حمل هذا القول على أنه توقيت لإيقاع الطلاق هو عمل باليقين لا يزول إلا بيقين مثله . وقال الحنابلة : إن ابن عباس وأبا ذر قالا بما يستفاد منه ترجيح عدم وقوع الطلاق فى مثل هذه الحالة؛ فقد روى أن ابن عباس كان يقول فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة: أنه له إن يطأ زوجته هذه فيما بين قوله هـذا وبين رأس السنة — وروى عن أبى ذر أنه قال : « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول » ولم يقل أحد من المخالفين بأنه يعتق فورا فى هذه الحاله فكذلك الطلاق .

الزمن بالتقويم القمرى ويبدأ من وقت الحلف

وقال الحنابلة : إذا قال الرجل لزوجته : إذا مضت سنة فأنت طالق، أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثنى عشر شهرا بالأهلة؛ لقوله تعالى . (يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج) ؛ فإن حلف فى أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهرا وقع طلاقه، وإن حلف فى أثناء شهر عددت مابقى منه ثم حسبت بعد بالأهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهرا نظرت مابقى من الشهر الأول فكملته ثلاثين يوما ؛ لأن الشهر اسم لما بين هلالين : فإن تفرق كان ثلاثين يوما. ووجهه : أنه أمكن استيفاء أحد عشر شهرا بالأهلة فوجب الاعتبار بها . كما لو كانت يمينه فى أول الشهر .

رأى آخر

وفى المذهب رأى بأن تعتبر الشهور كلها بالعدد . نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعتبر الأيام : قال يصوم ستين يوما ، وإن ابتدأ من شهر ، فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه ؛ وذلك لأنه

لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذى يليه ، فكان ابتداء الثانى من نصفه ، فوجب أن يكمله بالعدد ، وهذا المعنى موجود فى السنة .

تعليق الطلاق على رؤيته الهلال

ولو قال لزوجته : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان فيرى الحنابلة، كما يرى الشافعية . وقوع الطلاق برؤية الناس للهلال أول الشهر كما يرى الحنابلة وقوع الطلاق أيضا إذا كمل الشهر بتمام العدد ولو لم ير الهلال أحد . وقال أبو حنيفة بوقوع الطلاق برؤيته هو فقط لا برؤية أحد للهلال غيره؛ لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبه ما لو علقه على رؤية شخص معين كعلى أو محمد مثلا .

تعليل الحنابلة

وعلل الحنابلة لرأيهم فقالوا : إن رؤية الهلال فى عرف الشرع معناها العلم به فى أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام : « إذا رأيتم الهلال فصوموا ، وإذا رأيتموه فأفطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم . فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع ، كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق . فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدعاء . وكذلك يقع الطلاق بتمام الشهر بالعدد ولو لم ير الهلال أحد ؛ لأنه قد علم بتمام العدد ، وإن قال أردت إذا رأيته بعينى قبل ؛ لأنها رؤية حقيقية .

رد شبه الحنفية

وقال الحنابلة : إن تعليق الزوج الطلاق على رؤيته هو للهلال لا يقاس على تعليقه الطلاق برؤية شخص معين له فإن رؤية محمد ، أو على ، للهلال لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة بخلاف مسألتنا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل مقيد بشرط

إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق غدا إذا قدم زيد فيرى الحنابلة

أن المرأة لا تطلق حتى يقدم ، لأن إذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غدا، وقت قدوم زيد فإن لم يقدم زيد فى غد لم تطلق،وإن قدم بعده ؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد . وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق ؛ لأن الوقت الذى أوقع فيه طلاقها لم يأت وهى محل للطلاق فلم يطلق . كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

النية تحـدد المراد

وقال الحنابلة : لو قال الرجل لزوجته أنت طالق يوم يقدم زيد . فقدم ليلا لم تطلق ؛ لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه ؛ لأن الوقت يسمى يوما قال تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره) .

تعليق الطلاق بمستحيل

١ — إذا علق الرجل طلاق زوجته على محال وجوده بأن قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غد ففى المذهب قولان :

الأول — إلغاء الشرط ووقوع الطلاق فى الحال . واختار هذا الرأى القاضى ؛ لأن الرجل علق الطلاق بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق للسنة .

الثانى — عدم وقوع الطلاق ؛ لأنه طلاق معلق على شرط ، والشرط لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ، ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق .

٢ — ولو قال الرجل ، أنت طالق أمس،ولا نية له،فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع،فروى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس،وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء.وهذا قول أبى بكر .

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

قال أصحاب هـذا الرأى : إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولا يمكن

رفعها فى الزمن الماضى فلم يقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم ، فانه باتفاق فقهاء المذهب لا يقع الطلاق فكذلك هذا . وأيضا هذا الطلاق فى زمن ماض . ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا ، كما لو قال : أنت طالق إن قلبت الحجر ذهبا . ومثل ذلك كله ما لو قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك . لكن القاضى قال : رأيت بخط أبى بكر فى جزء مفرد أنه قال : إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت . ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال .

رأى آخر

قال القاضى فى بعض كتبه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس : إن الطلاق لم يقع ، كمن قال لمن لا سنة لها ولا بدعة : أنت طالق طلقة لا تلزمك .

تنبيه

١ — اتفق فقهاء الحنابلة على وقوع الطلاق فى الحال ، فيما لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق أمسك » ، أو « أنت طالق قبل أن أتزوجك » ، وقصد إيقاع الطلاق فى الحال مستندا إلى ذلك الزمان .

٢ — لو قصد الأخبار بعبارته السابقة بأنه كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله فى ذلك الزمان الذى ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه هذا الادعاء . وإن لم يكن وجد وقع طلاقه . ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : يقبل مع ظاهر كلام أحمد ، لأنه فسره بما يحتمله ، ولم يشترط الوجود[1] .

تعليق الطلاق بحرف يقتضى التكرار :

يختلف الحال بالنسبة لعبارة المطلق فيما إذا استعمل حرفا يقتضى التكرار وبيان ذلك فيما يلى :

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص٣٦٤ مطبعة الامام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .

أولا ـ فى المدخول بها

إذا قال الرجل لزوجته : « كلما طلقتك فأنت طالق » ثم قال لها بعد ذلك: « أنت طالق » أو قال لها : « إن دخلت الدار فأنت طالق » ، فدخلت الدار ، وقعت طلقتان وتوضيح ذلك ما يأتى:

العبارة الأولى :

حينما قال : « أنت طالق » بعد قوله لها : كلما طلقتك فأنت طالق ـ وقع بقوله: « أنت طالق » طلقة واحدة ، ووقع بالصفة طلقة أخرى فكان المجموع طلقتين : إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة « كلما طلقتك فأنت طالق » ولا تقع ثالثة ؛ لأن الطلقة الثانية ، لم تقع بإيقاعه ، بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : « كلما طلقتك » يقتضى : كلما أوقعت عليك الطلاق . وهذا يقتضى تجديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

العبارة الثانية :

وكذلك الحال فى قوله « إن دخلت الدار ، فأنت طالق » بعد قوله لها أولا : كلما طلقتك فأنت طالق ، حيث تقع طلقة بدخولها الدار ، وأخرى بالصفة ؛ لأنه قد طلقها . ولم تقع الثالثة .

الحالة الثانية :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : كلما أوقعت عليك طلاقاً « فأنت طالق » فالمشهور فى المذهب أن هذه الحالة كالحالة الأولى... حالة ما إذا قال لها : كلما طلقتك فأنت طالق .

ونسب إلى القاضى فى هذه المسألة أنه قال : إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها ، بعد قوله : إذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق ؛ لأن ذلك ليس بإيقاع منه .

اعتراض على الرأى الثانى :

وقد اعترض على الرأى الأخير المنسوب للقاضى : بأن الرجل أوقع الطلاق على امرأته بشرط ، فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا ، وبين قوله : إذا طلقتك ، فأنت طالق[1] .

الحالة الثالثة :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : « كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق» ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة، أو بصفة عقدها، قبل ذلك أو بعده، طلقت ثلاثا . فلو قال لها: إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم خرجت ، فقد وقعت عليها طلقة بالخروج ، ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية .

تعليل هذا الرأى :

قال الحنابلة : إن « كلما » تقتضى التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى .

ثانياً — غير المدخول بها

ما تقدم كان فى المرأة المدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع ماتقدم .

الحلف بالطلاق

ماهية الحلف :

اختلف الحنابلة فى الحلف بالطلاق... فمنهم من يرى أنه هو تعليق الطلاق على شرط، أى شرط كان، إلا ما استثنى . ومنهم من يحصره فى أمور معينة . وتفصيل ذلك فيما يلى :

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٦٦ .

الرأى الأول

نقل عن القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب : أن الحلف بالطلاق : هو تعليقه على شرط ، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك ، وإذا حضت فأنت طالق . فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة ؛ لأن ذلك يسمى حلفا عرفا ، فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله ، وبالله . وتالله .

الرأى الثانى :

الحلف بالطلاق هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه

رأى ثالث :

ونقل عن القاضى فى المجرد رأى آخر يفيد أن الحلف بالطلاق هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه . كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخلى فأنت طالق . أو الحث على تصديق مخبره مثل قوله : أنت طالق لو قدم فلان ، أو إن لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك كقوله : أنت طالق ، إن طلعت الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم السلطان . فهو شرط محض ليس بحلف ؛ لأن حقيقة الحلف القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا ؛ لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر نحو قوله : والله لأفعلن ، أو لا أفعل ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا . وتفريعا على ما تقدم لو قال الرجل لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق . لم تطلق فى الحال ؛ لأنه ليس بحلف . بينما تطلق على القول الأول ؛ لأنه حلف . وإن قال : كلما كلمت أباك فأنت طالق . طلقت على القولين جميعا ؛ لأنه علق طلاقها على شرط

يمكن فعله، وتركه. فكان حلفا كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق[1].

أنت طالق لأقومن

قال الحنابلة: لو قال الرجل لزوجته: أنت طالق لأقومن، وقام، لم تطلق زوجته. فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث؛ لأنه حلف بر فيه، فلم يحنث. كما لو حلف بالله تعالى.

تعليق الطلاق على عدة صفات

إذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات، فاجتمعت في شيء واحد. وقع بكل صفة ما علق عليها. كما لو وجدت متفرقة. فلو قال لامرأته: إن كلمت رجلا فأنت طالق، وإن كلمت طويلا فأنت طالق، وإن كلمت أسود فأنت طالق. فكلمت رجلا أسود طويلا، طلقت ثلاثا. وإن قال لها: إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق. فأكلت رمانة طلقت ثنتين.

يرجع إلى النية والقرائن لمعرفة المراد

وقال الحنابلة: إن القرائن، والنوايا يستدل بها على المراد من اللفظ إذا لم يكن ظاهرا؛ لأن مبنى الأيمان على النية. فلو قال رجل لزوجته: كلما أكلت رمانة، فأنت طالق، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا؛ لأن كلما تقتضي التكرار. وفي الرمانة نصفان، فتطلق بأكلها طلقتين، وبأكل الرمانة طلقة. فإن نوى بقوله: نصف رمانه، نصفا مفردا عن الرمانة المشروطة، أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به؛ لأن مبنى الأيمان على النية[2].

اليمين على التراخي إذا لم يعين له وقتا

قال الحنابلة: إذا حلف الرجل ليفعلن شيئا، ولم يعين له وقتا بلفظه،

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٧ ص ٣٧٠، ٣٧٤ تصحيح الدكتور محمد خليل هراس مطبعة الإمام.

(٢) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٧ ص ٣٧٦، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠.

ولا بنيته ، فهو على التراخى ؛ فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يتقيد بدون تقييده ، ولذلك لما قال الله تعالى فى الساعة : « بلى وربى لتأتينكم » وقال : « قل بلى وربى لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم » قال : « لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين » كان ذلك على التراخى فإن الآية أنزلت فى نوبة الحديبية فى سنة ست، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان. ولذلك روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم :أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال : بلى ، أفأخبرتك أنك آتيه العام ؟ قلت: لا ، قال . فإنك آتيه ومطوف به »وهذا مما لا خلاف فيه، نعلمه .

وتفريعا على ما تقدم قال الحنابلة : اذا قال الرجل لزوجته : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها فى آخر الأوقات . وقالوا توضيحا لذلك : إن حرف « إن » موضوع للشرط ، لا يقتضى زمنا ، ولا يدل عليه ، الا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وماحصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ، ولا تعجيلا . فما علق عليه كان على التراخى . سواء فى ذلك الإثبات والنفى. فعلى هذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا ، ولم يطلقها كان ذلك على التراخى، ولم يحنث بتأخيره ، لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يفت الوقت، فاذا مات أحدهما علمنا حنثه؛ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها .

للحالف وطء زوجته

المشهور فى المذهب الحنبلى أن من قال : « إن لم أطلقك فأنت طالق » لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وروى الأثرم عن أحمد أنه يمنع من الوطء حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . وبالرأى الأخير قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبى ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك وابو عبيد — ونقل عن

الأنصارى وربيعة ومالك أنه يضرب للحالف أجل المولى كما لو حلف ألا يطأها.

دليل الرأى الراجح :

واستدل للرأى الراجح فى المذهب الحنبلى القائل بأن الحالف لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه ، بأن نكاح الرجل صحيح لم يقع فيه طلاق ، ولا غيره من أسباب التحريم ، فحل له الوطء فيه. كما لو قال : إن طلقتك فأنت طالق — وقالوا : إن القول بمنع الحالف من وطء زوجته المحلوف عليها اعتمادا على أن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق غير مسلم به ؛ إذ هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ، وهو المنع من الوطء ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع فى زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئتك فأنت طالق .

الميراث فى الطلاق الرجعى

قال الحنابلة أيضاً : إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها ؛ لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها. وإن مات ورثته. نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته ، وإن ماتت لم يرثها . وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته فأشبه طلاقه لها فى تلك الحال . قال صاحب المغنى[1] : « ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبى ، وأبى عبيد ؛ لأنه إنما طلقها فى صحته وإنما يتحقق شرط وقوعه فى المرض فلم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه .

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة هى : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، وكلما .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٨٠ .

اقتضاء حروف التعليق التراخى أو الفورية

١ — اقتضاء التراخى

قال صاحب المغنى بعد أن ذكر الحروف الستة سالفة الذكر : « فتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأى زمان ، وأى وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجت منكن ، وأيتكن خرجت فهى طالق . فتى وجد الخروج طلقت ؛ وإن مات أحدهما سقطت اليمين(١) » .

٢ — اقتضاء الفورية

وأشار صاحب المغنى إلى اقتضاء أدوات التعليق الفورية فقال : « فأما إن علق الطلاق بالنفى بواحد من هذه الحروف كانت «إن» على التراخى، ومتى، وأى ، ومن ، وكلما على الفور ؛ لأن قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع فى الزمان كله فأى زمن دخلت وجدت الصفة . وإذا قال متى لم تدخلى فأنت طالق. فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة ؛ فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ، ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أى أى وقت دخلت. وأما «إن» فلا تقتضى وقتاً ، فقوله : إن لم تدخلى لا يقتضى وقتاً ، إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فهى مطلقة فى الزمان كله وأما إذا فيها وجهان أحدهما : هى على التراخى . وهو رأى القاضى. وقد وافق بذلك رأى أبى حنيفة. وقد احتج لهذا الرأى بأن إذا تستعمل شرطاً بمعنى إن قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى .·. وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فقد جزم بها الفعل كما يجزم بإن ؛ ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

أما الوجه الآخر. فهو أنها على الفور ؛ لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها ، فإن متى يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره .·. تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضاً ، وكذلك أى ،وسائر الحروف[1] .

الأدوات التى تقتضى التكرار :

حروف التعليق السنة السابق ذكرها ليس فيها مايقتضى التكرار إلا كلما. وذكر أبو بكر فى متى : أنها تقتضى التكرار أيضاً ؛ لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره .·. تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت ؛ ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ، ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه . والصحيح أن متى لا تقتضى التكرار ؛ لأنها اسم زمن بمعنى وقت ، وبمعنى إذا ، فلا تقتضى مالا يقتضيانه . وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها ، لا يمنع استعمالها فى غيره مثل إذا ،وأى وقت ، فإنهما يستعملان فى الأمرين . قال الله تعالى : (وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم[2]) وقال تعالى (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم[3]) وقال تعالى (وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها)[4] وقال الشاعر :

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم .·. طاروا إليه زرافات ووحدانا

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٣ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .
(٢) الآية رقم ١٨ من سورة (الأنعام)
(٣) الآية رقم ٥٤ من سورة (الأنعام)
(٤) الآية رقم ٢٠٣ من سورة (الأعراف)

وكذلك أى وقت، وأى زمان، فإنهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف بجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره، لا تحمل على التكرار إلا بدليل، فكذلك متى[1].

تكرار الطلاق بتكرار الصفة :

لو قال الرجل لزوجته التى دخل بها : «كلما لم أطلقك فأنت طالق» وقع بها الثلاث فى الحال ؛ لأن كلما تقتضى التكرار ؛ قال الله تعالى : (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة لعنت أختها) فيقتضى تكرار الطلاق تكرار الصفة، والصفة عدم تطليقه لها . فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها، فقد وجدت الصفة، فتقع طلقة، وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها . وإن لم تكن مدخولا بها، بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها ؛ لأن البائن لا يلحقها طلاق .

لا تكرار للطلاق إذا لم تكن الأداة تقتضى التكرار :

وإذا كانت أداة التعليق لا تقتضى تكراراً للفعل كالتعليق بإذا، ومتى، وإن، وأى وقت، فالقول الراجح فى المذهب أن الطلاق لا يتكرر بل تنحل اليمين بحصول الفعل مرة، فإذا حصل بعد ذلك فلا يقع طلقة ثانية، ولا ثالثة — فمن قال لزوجته المدخول بها : إن لم أطلقك فأنت طالق، أو متى لم أطلقك فأنت طالق، أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق . فإنها تطلق واحدة، ولا يتكرر إلا على قول أبى بكر فى متى فإنه يراها للتكرار، فيتكرر الطلاق بها مثل كلما .

تقديم الجزاء على الشرط :

وحروف الشرط السابق ذكرها، إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف فى الجزاء كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ طبع مطبعة الإمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .

تأخير الجزاء وتقديم الشرط :

أما إذا تأخر الجزاء فإنها تحتاج فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وذلك ليرتبط الجزاء بالشرط ؛ إذ الفاء للتعقيب ، فتدل على تعقيب الجزاء على الشرط . ولذلك لا تطلق المرأة التى قال لها زوجها : إن دخلت الدار فأنت طالق إلا إذا دخلت الدار : ولو خلت العبارة من الرابط لم تطلق أيضاً إلا إذا دخلت الدار باعتبار أن الفاء مقدرة وإن الجزاء مترتب على الشرط : لأنه فى قوله : « إن دخلت الدار أنت طالق » قد أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على انه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهى مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى ، لدلالة باقى الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة ، وتصحيحه عن الفساد واجب . وفى تقديرنا للفاء تصحيح للكلام ومنعاً لإلغائه — لكن لو قال الرجل أردت بقولى إن دخلت الدار ، أنت طالق إيقاع الطلاق فى الحال ، وقع ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ربط الشرط بالجزاء بالواو :

وإن قدم الشرط وأخر الجزاء وربط بينهما بالواو وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن معناه أنت طالق فى كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق » وقال صلى الله عليه وسلم : « صلهم وإن قطعوك ، وأعطهم وإن حرموك » — فإذا ادعى الحالف أنه أراد الشرط صدق ديانة. أما قضاء فهناك روايتان .

ربط الشرط بالجزاء بالفاء والعطف عليه بالواو :

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى . فإذا دخلت الأولى الدار طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل . ولا تطلق بدخول الأخرى ؛ لأن ذلك هو مقتضى اللغة .

وقال ابن الصباغ : تطلق بدخول كل واحدة منهما — فإذا ادعى أنه جعل الثانى شرطا لطلاقها أيضاً طلقت بكل واحد منهما ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ولو قدم الجزاء بأن قال أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن دخلت الأخرى ، طلقت بدخول إحداهما الدار ؛ لأنه عطف شرطا على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق . قبل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها[١] .

استعمال لو أداة شرط :

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق لو قمت ، كان ذلك شرطا بمنزلة قوله : إن قمت ، فلا تطلق إلا إذا قامت : لأنها لو لم تكن للشرط ، كانت لغوا . والأصل اعتبار كلام المكلف .

قول آخر :

وقيل إن قول الرجل لامرأته ، أنت طالق لو قمت ، يقع الطلاق فى الحال؛ لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى : (وإنه لقسم لو تعلمون عظيم[٢]) وقوله تعالى (ورأو العذاب لو أنهم كانوا يهتدون)

ولو قال : أردت أن أجعل لها جوابا صدق ديانة، ولكن قضاء هل يقبل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٨٥

(٢) الاية رقم ٧٦ من سورة الواقعة

ادعاؤه ؟... يخرج على روايتين[1]

تعليق الطلاق بشرطين .

لو علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا . هذا هو الرأى المشهور والراجح فى المذهب . وخرج القاضى وجها فى وقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق بهما ، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألا يفعل شيئا ففعل بعضه . وقد اعترض على هذا القول بأنه بعيدجدا . وهو مخالف لأصول الشرع ،فضلا عن مخالفته لمقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم ، فانه لاخلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعا، وإذا كان قد حكم بعدم الطلاق فيما لو أخل بترتيب الشرطين فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله : إن أكلت ثم لبست فأنت طالق، فإذا لبست ثم أكلت لا يقع الطلاق ، فباخلاله بالشرط كله من باب أولى ألا يحكم بالطلاق . ولأنه يلزم من القول بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين وقوع الطلاق فى حالة ما إذا قال الرجل لزوجته : إذا مضى شهران فأنت طالق ، ومضى شهر أو أقل، مع أنه لاخلاف فى أن المرأة، فى هذه الحالة، لاتطلق قبل مضى الشهرين . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

رد شبهة :

وقد رد صاحب المغنى[2] على ماقيل من أن الطلاق المعلق بشرطين يقع بوجود أحدهما قياسا على أن من حلف لايفعل شيئا ففعل بعضه يحنث فكذلك هذا ، فقال : « وقد نص أحمد على أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق . وإذا قال : إذا صمت يوما فأنت طالق » أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة ، وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما اليمين : فانه متى كان فى لفظه ، أو نيته مايقتضى جميع المحلوف عليه ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٨٥

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٨٧

لم يحنث إلا بفعل جميعه . وفى مسألتنا مايقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما . وجعلهما شرطا للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه. على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ؛ لأن نهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه كما يقتضى المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما له . والجزاء لا يوجد بدون شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا » .

تعليق الطلاق بالمشيئة

١ ـ التعليق على مشيئة لا يعلم وجودها :

يرى الحنابلة أن تعليق الطلاق على مشيئة لايعلم وجودها بمثابة تنجيز للطلاق . ولذلك قالوا بوقوع الطلاق فى الحال فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان شاء زيد فجن اومات من علق الطلاق بمشيئته. وقالوا تعليلا لذلك: إنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد. أما لو خرس من علق الطلاق بمشيئته فشاء بالإشارة ففيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته . وقال الحنابلة أيضاً بوقوع الطلاق فى الحال بقول الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى . وفى المذهب رواية عن أحمد تدل على أن الطلاق لا يقع . والرأى الأول هو المشهور فى المذهب .

الدليل على وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

استدل الحنابلة بالسنة وإجماع الصحابة — والمعقول .

السنة :

أما السنة فمنها : ما روى أبو جمرة قال : سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهى طالق » رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبى بردة نحوه .

وجه الاستدلال :

الحديث نص فى موضع الخلاف ، فقد أبان أن تعليق الطلاق بمشيئة الله لا يمنع من وقوعه فى الحال . وقد عضد هذا الحديث برواية أبى بردة المماثلة له فى المعنى .

إجماع الصحابة :

أما إجماع الصحابة فقد ذكره أبو الخطاب نقلا عن ابن عمر وأبو سعيد؛ فقد روى عنهما أنهما قالا : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً فى كل شىء ، إلا فى العتاق ، والطلاق : فإن قيل: إن هذا قول لبعض الصحابة وليس بإجماع ، فيرد على ذلك بأنه قول لم يعلم له مخالف فهو إجماع .

المعقول

التعليق على مشيئة الله هو استثناء فهو ، رفع لجملة الطلاق ، ورفع جملة الطلاق لغو لا يصح كقوله : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ؛ ولأنه استثناء حكما فى محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح. والطلاق إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال :أبرأتك إن شاء الله. والتعليق على ما لا يعلم وجوده هو بمثابة التعليق على المستحيل — والتعليق على المستحيل يجعل الطلاق واقعا فى الحال فكذلك ما أشبهه .

رد أدلة من قال بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

وقال الحنابلة ردا لأدله من قال بعدم وقوع الطَلاق المعلق على من لا تعلم مشيئته :إن الحديث الذى استدل به على عدم الوقوع وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » حديث لا حجة فيه ؛ فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس بيمين حقيقة . وإن سمى بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله . ثم إن الطلاق إنما سمى يمينا إذا

كان معلقا على شرط يمكن تركه وفعله . ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا، فلم يكن الاستثناء بعد يمين. أما القول : بأن تعليق الطلاق على مشيئة الله هو تعليق على مشيئة لا تعلم فهو قول غير مقبول ؛ لأنا نقول: إن مشيئة الله للطلاق قد علمت بمباشرة الآدمى سببه . قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ومع هذا فلو سلمنا أن مشيئة الله بالطلاق لم تعلم لكن الرجل يكون قد علق طلاقه فى هذه الحالة على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ويقع الطلاق فى الحال .

لا يملك المعلق تعجيل الطلاق المعلق

قال الحنابلة : إذا علق الرجل طلاق زوجته على شرط مستقبل، ثم قال: عجلت لك تلك الطلقة فإنها لا تتعجل؛ لأنها طلقة معلقة بزمن مستقبل ، فلم يكن له إلى تغييرها سبيل . لكنه إن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة، وقعت بها طلقة فإذا جاء الزمن الذى علق الطلاق به وهى فى حباله وقع بها الطلاق المعلق .

إضافة الطلاق إلى زمن وفعل

ومن علق طلاق زوجته على وجود فعل فى زمن معين لابد لوقوع الطلاق من وجود الفعل بأوصافه كاملة فى الزمن الذى عينه المعلق — فمن قال لزوجته : أنت طالق غدا إذا قدم زيد ، فلا تطلق حتى يقدم زيد لأن «إذا» اسم زمن مستقبل فيكون المعنى: أنت طالق غدا وقت قدوم زيد . وإن لم يقدم زيد فى غد لم تطلق. وكذلك إن قدم بعده؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد. وإن ماتت غدوة ، وقدم زيد بعد موتها لم تطلق؛ لأن الوقت الذى أوقع طلاقها فيه لم يأت وهى محل للطلاق فلم تطلق ، كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

الرجوع للعرف والنية

ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا . لم تطلق؛ لأنه لم يوجد الشرط إلا إذا أراد باليوم الوقت ، فتطلق وقت قدومه ؛ لأن

الوقت يسمى يوما قال الله تعالى : (ومن يولهم يومئذ دبره) لكن لو تغير الأمر فى هذه المسألة بأن ماتت المرأة غدوة ، وقدم زيد المعلق وقوع طلاقها على قدومه فهل يقع الطلاق أولا ؟ ... فى المذهب وجهان ، هما :

الوجه الأول : نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم ؛ لأنه لو قال : أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله ، فكذا إذا قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ؛ فينبغى أن تطلق بطلوع فجره . وهذا الوجه أولى من الوجه الآتى :

الوجه الثانى : لا يقع الطلاق ؛ لأن شرطه قدوم زيد ، ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع . بخلاف يوم الجمعة ، فإن شرط الطلاق مجىء يوم الجمعة وقد وجد . وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما . وقال الحنابلة أيضاً : لو قال الزوج لزوجته : أنت طالق فى شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ؛ لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق . وكما لو قال إذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياسا على المسألة التى قبل هذه .

إضافة الطلاق إلى الماضى :

إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق أمس ، ولا نية له ؛ فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع فقد روى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء . وهذا قول أبى بكر .

رأى آخر :

ونقل عن القاضى أنه قال فى بعض كتبه بوقوع الطلاق ؛ لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ، ووقع الطلاق . كما لو قال لمن لا سنة

لها ولا بدعة : أنت طالق للسنة . أو قال أنت طالق طلقة لاتلزمك .

تعليل للرأى الأول

واحتج القائلون بعدم وقوع الطلاق المضاف للماضى والذى لانية لإيقاعه « أنت طالق أمس » بقولهم :إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولايمكن رفعها[1] فى الزمن الماضى فلم يقع الطلاق لهذا ؛ كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم؛ فإن فقهاء المذاهب قالوا بعدم وقوع الطلاق فى هذه الحالة ،فكذلك هذه المسألة ؛لأنه طلاق فى زمن ماض — وإن قول الرجل لامرأته : أنت طالق أمس بمثابة تعليق للطلاق على مستحيل ، وتعليق الطلاق بمستحيل إلغاء له، فمن قال لزوجته:إن قلبت هذا الحجر ذهباً فأنت طالق، لاتطلق... فكذا هذا ،حيث لانية لقائله فى إيقاع الطلاق بعبارته.

أنت طالق قبل أن أتزوجك

الظاهر فى المذهب الحنبلى أنه لا فرق فى الحكم بين قول الرجل لزوجته : أنت طالق قبل أن أتزوجك وبين قوله لها : أنت طالق أمس، ولانية له فى الحالتين فى إيقاع الطلاق . لكن صاحب المغنى قال : « قال القاضى : ورأيت بخط أبى بكر فى جزء مفرد أنه قال : إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت : ولو قال : أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال ،كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد[2] » .

لو قصد إيقاع الطلاق

ولو قصد الرجل بقوله لزوجته : أنت طالق أمس ، أو أنت طالق قبل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٦٤ وراجع شرح منتهى الإيرادات للعلامة فقيه الحنابلة فى وقته منصور بن أدريس بن البهوتى ج ٣ ص ١٤٨ .

أن أتزوجك إيقاع الطلاق عليها فى الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع الطلاق فى الحال .

لو قصد الإخبار فقط

أما لو قصد بقوله السابق أن يخبر عن حصول طلاق بأن كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله ، فى ذلك الزمان الذى ذكره ففى المذهب رأيان .

الرأى الأول

لا يقع الطلاق ، إن وجد ما يصدق الرجل فى ادعائه ، بأن كان قد وجد منه طلاق لها قبل قوله لها : أنت طالق أمس : أو أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع طلاق فى هذه الحالة؛ لأنه لا قصد له فى إيقاع الطلاق بل قصده حكاية ما حدث سابقاً . أما إذا لم يكن وجد ما ادعاه فإنه يقع الطلاق ... ذكر هذا أبو الخطاب .

الرأى الثانى

وينسب إلى القاضى أنه قال : بقبول ما ادعاه الرجل مطلقاً ، بناء على ظاهر كلام أحمد ، لأن الرجل فسر قوله بما يحتمله سواء وجد هذا الطلاق الذى ادعاه قبل قوله ، أو لا ؟ .

أنت طالق اليوم إذا جاء غد

إذا قال الرجل : أنت طالق اليوم إذا جاء غد فهل تطلق امرأته أو لا ؟ فى المذهب رأيان؛ أحدهما: يرى وقوع الطلاق فى الحال . واختار هذا الرأى القاضى ؛ لأن الرجل[1] علق الطلاق بشرط محال فلغى الشرط ، ووقع الطلاق ؛ كمن قال لمن لا سنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق للسنة .

---

(١) المرجع السابق .

الرأى الآخر

أما الرأى الآخر فهو عدم وقوع الطلاق، قاله القاضى فى المجرد ؛ لأن شرط الطلاق لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم . ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق . وهذا القول هو قول أصحاب مالك رحمهم الله[1] .

تعليق الطلاق على إيقاع الطلاق أو وقوعه

تحت هذا العنوان اندرجت مسائل فرعية متنوعة منها :

١ — لو قال الزوج لزوجته : إذا طلقتك فأنت طالق، ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بخروجها، ثم طلقت بالصفة طلقة أخرى ؛ لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة .

٢ — ولو قال لها: إن خرجت فأنت طالق، ثم قال : إن طلقتك فأنت طالق ، فخرجت، طلقت بالخروج، ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها ؛ لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يحدث عليها طلاقا ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع .

٣ — وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها .

«كلما» تقتضى التكرار

لو قال الرجل لزوجته : كلما طلقتك فأنت طالق ،ثم قال لها: أنت طالق، وقع بها طلقتان؛ إحداهما بالمباشرة،والأخرى بالصفة . ولا تقع ثالثة؛ لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : كلما طلقتك يقتضى كلما

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٦٣ .

أوقعت عليك الطلاق . وهذا يقتضى تجديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول ، وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

الحلف بالطلاق

ماهيتـه

اختلف الحنابلة فى تعريف الحلف بالطلاق ، فمنهم من يقول: إنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا بعض مسائل مستثناة . ومنهم من يقول إنه هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ويقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه أو الحث على تصديق مخبره. وتفصيل ذلك فيما يلى .

الرأى الأول

قال القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب فى تحديد الحلف بالطلاق :إنه هو تعليق الطلاق على شرط، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك وقوله ؛ إذا حضت فأنت طالق ؛ فإنه طلاق بدعة . وإذا طهرت فأنت طالق ؛ فانه طلاق سنة .

وجهة نظ أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب هذا الرأى : إن ما ذكر هو حلف ؛لأنه يسمى حلفا عرفا ؛ فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وقالوا أيضاً : إن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله ، وبالله ، وتالله .

الرأى الثانى

وقال القاضى فى المجرد : الحلف بالطلاق : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ؛ كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو قوله : إن لم تدخلى الدار فأنت طالق ، أو يقصد به الحث على تصديق مخبره كقوله : أنت طالق لقد قدم زيد ، أو لم يقدم زيد . أما التعليق على شرط لغير ذلك فهو شرط محض لاحلف ؛ كقوله : أنت طالق إن طلعت

الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم فلان ؛ فهذا كله شرط محض ليس بحلف . وبهذا قال الشافعي .

وجهة أصحاب الرأي الثاني

قال أصحاب الرأي الأخير . إن حقيقة الحلف هو القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور ، وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر ؛ كقوله : والله لا أفعلن ، أو لا أفعل ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . فإذا لم يوجد فى التعليق بالطلاق هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا .

أثر هذا الخلاف

ويظهر أثر الخلاف فى تحديد الحلف بالطلاق فيما إذا قال رجل لزوجته: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق . ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق. فلا تطلق فى الحال قبل طلوع الشمس عند أصحاب القول الثانى ؛ لأنه ليس بحلف . وتطلق على القول الأول ؛ لأنه حلف . ولو قال بدلا من قوله : إذا طلعت الشمس فأنت طالق : كلما كلمت أباك فأنت طالق ؛ فإنها تطلق على القولين جميعا ؛ لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه، فكان حلفا، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق(١) .

استعمال الطلاق استعمال القسم

ولو استعمل الطلاق استعمال القسم جعل جواب القسم جوابا له فى غير المستحيل؛ فمن قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته . فان لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث ؛ لأنه حلف برفيه ، فلم يحنث . فأما ان لم يبر فيحنث ، وكان هذا مثل ما لو حلف بالله تعالى . ولو قال : أنت طالق إنّ أخاك لعاقل ، وكان أخوها عاقلا لم يحنث . وإن لم يكن عاقلا حنث ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٧٠ .

كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل . وإن شك فى عقله لم يقع الطلاق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك(١). أما لو علق الطلاق بمستحيل فقد فصل هذا الموضوع صاحب منتهى الإيرادات تفصيلا واضحا فقال :

التعليق بفعل المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه بفعل مستحيل عادة ، وهو ما لا يتصور فى العادة وجوده ، وإن وجد خارقا للعادة كقوله : أنت طالق إن صعدت السماء ، أو أنت طالق لاصعدت السماء ، أو أنت طالق إن قلبت الحجر ذهبا ؛ أو أنت طالق لاقلبت الحجر ذهبا — أو علق الطلاق بفعل مستحيل لذاته وهو ما لا يتصور فى العقل وجوده كقوله : أنت طالق إن رددت أمس ، أو أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه ؛ فنى هذه الحالات كلها لا تطلق، كحلفه بالله على هذه الأمور ؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد؛ ولأن ما يقصد تعليقه معلق بالمحال كقوله تعالى : « ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط » .

تعليق الطلاق على نفى المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه على نفى المستحيل عادة أو لذاته وقع الطلاق . فمن قال لزوجته : أنت طالق لاشربن ماء الكوز ولا ماء فيه ، أو قال أنت طالق إن لم أشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه ، أو قال : أنت طالق لأقتلن فلانا فإذا هو ميت (سواء علم موته ، أو لا) أو قال أنت طالق لأطيرن ، أو أنت طالق إن لم أطر ، أو أنت طالق إن لم أقلب الحجر فضة وقع الطلاق فى الحال .

تعليق الطلاق على صفات متعددة

وإذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات فاجتمعن فى شيء واحد ، وقع بكل صفة ما علق عليها . كما لو وجدت متفرقة . فلو قال لزوجته :

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص ٢٧٠ ، ومنتهى الإيرادات البهوتى ج٣ ص١٤٧، ١٤٨ .

إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلا فأنت طالق . وإن كلمت أسود فأنت طالق . فكلمت رجلا أسود طويلا ، طلقت ثلاثا . وإن قال: إن ولدت بنتا ، فأنت طالق ، وإن ولدت سوداء فأنت طالق . وإن ولدت ولدا فأنت طالق . فولدت بنتا سوداء طلقت ثلاثا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل

ولو أضاف الزمان إلى زمان مستقبل كقول رجل لامرأته : أنت طالق غداً ، أو يوم كذا وقع الطلاق بأولهما أى عند طلوع فجرهما ، لأنه جعل الغد ، ويوم كذا، ظرفا للطلاق ؛ فكل جزء منهما صالح للوقوع فيه ، فإذا وجد ما يكون ظرفا له منهما وقع الطلاق ؛ كإن دخلت الدار فأنت طالق حيث تطلق بدخول أو جزء منها . والغد هو اسم للذى يلى يومك ، أو ليلتك . فإن قال أردت بقولى آخر الغد ، أو آخر يوم كذا لا يقبل قوله لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن لفظه لا يحتمل ما ادعاه .

ولو قال : أنت طالق اليوم ، أو أنت طالق فى هذا الشهر يقع الطلاق فى الحال لكنه يصدق ديانة وحكما ، إن قال : أردت الوقوع فى آخر هذه الأوقات ، لأن هذه الأوقات آخرها وأوسطها منها كأولها ، فإرادته لذلك لا تخالف ظاهر اللفظ ، إذ لم يأت بما يدل على استغراق الزمن للطلاق ؛ لصدق قول القائل: صمت فى رجب حيث لم يستوعبه بخلاف صمت رجب. ولو قال : أنت طالق اليوم أو غداً ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن أو لأحد الشيئين ، ولا مقتضى لتأخيره[1]

شروط صحة تعليق الطلاق

اشترط الحنابلة لصحة تعليق الطلاق ما يأتى : —

١ — أن يكون المعلق للطلاق زوجا يصح تنجيزه منه وقت التعليق ؛

---

(١) منتهى الإيرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٤٨ .

فمن قال : إن تزوجت امرأة فهى طالق ، أو قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، لم يقع الطلاق بتزوجها .

الدليل

وقد استدل الحنابلة على عدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق إذا ما تم الزواج منها بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتى : -

الكتاب

فمن الكتاب ما روى عن ابن عباس ، ورواه الترمذى عن على وجابر ابن عبد الله لقوله تعالى : « وإذا نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن » فقد جعل الطلاق مسبوقا بالنكاح ومتأخرا عنه فلا بد من أن يكون المطلق ممن له ملك للعصمة وقت تعليق الطلاق .

السنة

أما السنة فمنها حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق فيما لا يملك ، ولا طلاق فيما لا يملك » رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذى وحسنه .

وجه الاستدلال بالحديث

نفى الحديث وقوع الطلاق الذى يصدر من أجنبي عن محل الطلاق ؛ إذ نفى وجود الطلاق ، وصحته إذا صدر على محل لا يملكه المطلق . وقت صدور الطلاق منه .

ومن السنة أيضاً ما روى عن المسور بن مخرمة مرفوعا « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » رواه ابن ماجة .

وجه الاستدلال

الحديث صريح فى عدم وقوع الطلاق قبل الزواج من المطلقة . حتى يجد الطلاق محلا صالحا للوقوع فيه .

المعقـول

أما المعقول فقال الحنابلة : إن الطلاق المنجز لا يقع إذا أوقع على أجنبية عن المطلق ، فكذا تعليقه .

٢ ــ الشرط الثانى أن يكون وقوع الشرط وتعليقه والمرأة محلا لوقوع الطلاق عليها. فمن قال لزوجته إن قمت فأنت طالق، ثم بانت منه. وفعلت المحلوف عليه ، لم يقع الطلاق . وكذلك لو حلف لا يفعل كذا من قيام أو دخول دار ونحوه، ولم يبق له زوجة بأن بنّ منه ، أو متن، ثم تزوج امرأة أخرى فأكثر وفعل ما حلف لا يفعله فلا يقع عليه شىء[1] .

التراخى فى التعليق على إيجاد فعل

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بواسطة هى: إن، ومتى، ومن، وأى ، وكلما . فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فمتى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

التعليق بالنفى

أما إن علق الرجل الطلاق بالنفى بواحد من أدوات التعليق الستة السابق ذكرها كانت « إن » على التراخى ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما على الفور لأن قوله : متى دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق. وذلك شائع فى الزمان كله، فأى زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال: متى لم تدخلى فأنت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به. ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت؟ أى أى وقت دخلت. وأما إن فلا تقتضى وقتا ، فقوله إن لم تدخلى لا يقتضى وقتا إلا ضرورة

---

(١) منتهى الإيرادات للبهوتى ج ٢ ص ١٥٣ .

أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فهى مطلقة فى الزمان كله . وأما (إذا) ففيها وجهان أحدهما: هى على التراخى. ورجح هذا القول القاضى. لأنها تستعمل شرطا بمعنى « إن » قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى   وإذا تصبك خصاصة فتحمل .

فجزم بها كما يجزم بإن ؛ ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .

والوجه الآخر أنها على الفور ، لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى . وقال أصحاب هذا الرأى : إن المجازاة بها لا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر .

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

وكذلك من يجازى بها أيضا . وكذلك أى .

ما يقتضى التكرار

ولا يقتضى من حروف التعليق التكرار سوى « كلما » ، بالاتفاق، ومتى فى رأى نسب إلى أبى بكر ؛ لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت : ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أن (متى) لا تقتضى التكرار ؛ لأنها اسم زمن بمعنى أى وقت، وبمعنى (إذا) فلا تقتضى ما لا يقتضيانه ، وكونها، تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره مثل: إذا ، وأى وقت، فإنما يستعملان فى الأمرين قال الله تعالى: «وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم » وقال تعالى : « وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم » وقال تعالى : « وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها » .

وقال الشاعر

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم   طاروا إليه زرافات ووحدانا

وكذلك أى وقت ، وأى زمان فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك متى .

ربط الشرط بالجزاء

حروف التعليق إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف فى الجزاء كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإنما اختصت بالفاء ؛ لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به ، فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل .

تعليل الحنابلة رأيهم

قال الحنابلة إذا حذف الرابط وهو الفاء ، وتقدم الشرط ، وتأخر الجزاء ، كان هذا من قبيل التعليق ، وتوقف وقوع الطلاق على وجود الشرط المعلق عليه الطلاق ؛ فمن قال لزوجته : إن دخلت الدار أنت طالق ، لم تطلق حتى تدخل الدار ؛ لأنه أتى بحرف الشرط ؛ فيدل ذلك على أنه أراد التعليق ، وإنما حذف الفاء وهى مرادة ، كما يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، ومها أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ، وجب تصحيح كلامه ، وإبعاده عن الفساد ما أمكن . وفى تقديرنا للرابط بين الشرط والجزاء تصحيح للكلام وإبعاد له عن الفساد فيقدم . أما ما يراه الغير من أن الجملة ليس فيها تعليق للطلاق ، فيقع الطلاق فى الحال ، فهو إلغاء وإفساد لكلام

العاقل فلا يلتفت إلى هذا القول ، تصحيحا وإبعاد لكلام العاقل عن الفساد[1] . لكنه لو قال: أردت بقولى هذا الإيقاع فى الحال ، وقع ، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

الربط بالواو لا يعتبر تعليقاً

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن معناه : أنت طالق فى كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق» .وقال صلى الله عليه وسلم : « صلهم و إن قطعوك ، واعطهم وإن حرموك» .

تأثير النية فى هذه الحالة

ولو قال الرجل لامرأته : «أنت طالق وإن دخلت الدار » وقال : قصدت تعليق الطلاق على دخولها الدار ، صدق ديانة . أما قضاء فيخرج على روايتين[2] .

تعليق الطلاق بأكثر من شرط

إذا علق الطلاق بشرطين لم يقع الطلاق قبل وجودهما جميعا . وهذا هو الرأى الراجح فى المذهب .

وجه آخر

ونسب إلى القاضى أنه قال بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق عليهما الطلاق بناء على أحد الروايتين : فيمن حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه ـ لكن هذا التخريج كما قال ابن قدامة : بعيد جداً ، ويخالف أصول

---

(١) الشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ـ والمغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٨٤ طبع مطبعة الامام بالمنشية .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

اللغة ، والعرف ، وعامة أهل العلم . ولأن العلماء قد اتفقوا على عدم وقوع الطلاق المعلق على شرطين مرتبين إذا اخل بالترتيب ، فى مثل قول الرجل لامرأته : إن أكلت، ثم لبست ، فأنت طالق فلأن لا يقع الطلاق لإخلاله بالشرط كله أولى . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما . وقد نص أحمد أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال : إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة . وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما اليمين فإنه متى كان فى لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه ، وفى مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما ، وجعلهما شرطا للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه؛ لأن نهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه ؛ كما يقتضى المنع من جملته. وما علق على شرط جعل جزاءله ، والجزاء لا يوجد بدون شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه ؛ لغة ، وعرفا، وشرعا (١) .

تعليق الطلاق على المشيئة

تعليق الطلاق على مشيئة الله

لو علق الطلاق على مشيئة الله بأن قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ؛ فى المذهب روايتان عن أحمد .

الرواية الأولى الطلاق يقع

الرواية الأولى وهى الراجحة فى المذهب هى: أن الطلاق يقع. فقد نص أحمد على ذلك فى رواية جماعة . وقال : إن هذا ليس من قبيل اليمين . وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى. وهو قول مالك والليث والأوزاعى وأبو عبيد .

---

(١) المصدر السابق .

دليل هذا الرأى

واستدل لهذا الرأى بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة فمنها ماروى أبو جمرة قال : سمعت ابن عباس يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله، فهى طالق . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبى بردة نحوه .

وجه الاستدلال

الحديث صريح فى أن تعليق الطلاق على مشيئة الله لا يعتبر من قبيل الحلف ولا من قبيل تعليق الطلاق على شرط حيث أفاد ، صراحة، وقوع الطلاق فورا . وقد تقوى الحديث بروايته من عدة طرق بهذا المعنى.

الأجماع

واما الإجماع فما روى ابن عمر ، وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا فى كل شىء إلا فى العتاق والطلاق : ذكره أبو الخطاب. وهذا نقل للإجماع . فإن قيل .إن هذا قول البعض فلا يفيد الإجماع نقول: إنه إن قدر أن هذا قول البعض من الصحابة لكنه لم يعلم له مخالف فهو اجماع .

المعقول

إن قول الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ، استثناء يرفع جملة الطلاق ، والاستثناء الذى يرفع جملة الطلاق لا يصح كقولة : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا . والطلاق إزالة للملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال أبرأتك إن شاء الله .وكذلك لا يصح تعليقه على مالا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات(١)

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ص٤٠٣ .

الرواية الثانية ـ الطلاق لا يقع

وروى عن أحمد مايدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق ، وهو قول طاووس والحكم وأبي حنيفة والشافعى . وهذا رأى مرجوح فى المذهب .

دليل هذا الرأى

استدل أصحاب هذا الرأى بالسنة والمعقول :

السـنة

فمن السنة ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن .

وجه الاستدلال : الحديث صريح فى عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله حيث نفى الرسول الحنث عمن حلف معلقا على مشيئة الله . وتعليق الطلاق على المشيئة حلف .

المعقول

وقالوا : إن الرجل بقوله لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . قد علق طلاقها على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع الطلاق كما لو علقه على مشيئة زيد .

مناقشة هذا الرأى

وقد نوقش الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالآتى :

١ ـ الحديث الذى استدل به « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » لا حجة فيه ولا ينتج المدعى ؛ لأن الطلاق ، والعتاق هنا ليس يمينا ؛ إذ الطلاق والعتاق إنشاء وليس بيمين حقيقة . وإن سمى بذلك فمجاز ، لا تترك الحقيقة من أجله . والطلاق إنما سمى يمينا إذا كان معلقا على شرط

يمكن تركه وفعله . وبمجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ، ولا مجازا فلم يمكن الاستثناء بعد يمين .

٢ — القول بأن الرجل علق طلاق زوجته على مشيئة لا تعلم قول غير مسلم به ، لأن مشيئة الله الطلاق قد علمت بمباشرة الآدمى سببه؛ قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق .

٣ — ولو سلمنا أن مشيئة الله تعالى لم تعلم ، لكن الرجل قد علق الطلاق على شرط يستحيل علمه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ، ويقع الطلاق فى الحال [1] .

أنت طالق إلا أن يشاء الله:

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، وقع الطلاق فى الحال : لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم [2] .

تعليق الطلاق على من لا مشيئة له :

ولو علق الطلاق على من لا مشيئة له كقول الرجل لامرأته : أنت طالق أن شاء الميت، أو إن شاءت البهيمة، أو أنت طالق لاشاء الميت، أولاشاءت البهيمة . لم تطلق ؛ لأنه بمثابة تعليق للطلاق بفعل مستحيل عادة [3] .

وجه آخر

وفى المذهب وجه آخر يقول بوقوع الطلاق فى الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال ، وفى الثانى فلم يصح كاستثناء الكل ، وكما لو قال : أنت طالق طلقة لاتقع عليك .

(١ ، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٧ ص ٣٠٤ ، ومنتهى الايرادات حـ ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١

(١) منتهى الايرادات للبهوتى حـ ٣ ص ١٤٧ ، والمغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٤٠٤ .

(٣) منتهى الايرادات للبهوتى جـ ٣ ص ١٧٠ .

تعليق الطلاق على مشيئة من تعلم مشيئته :

ولو قال الرجل لزوجته أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أنى شئت ، أو أين شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أى وقت شئت، لا يقع الطلاق، إلا إذا شاءت بلفظها، لا بقلبها، ولو كانت كارهة، ولو كانت مشيئتها بعد تراخ ، بعد رجوع الزوج عن تعليقه بها؛ لأن الطلاق إزالة للملك المطلق وقد علق على المشيئة ، فكان على التراخى كالعتق . والتعليق لا يبطل برجوعه عنه للزومه — لكن لو قيد المشيئة بوقت فلا يقع الطلاق بمشيئتها بعد هذا الوقت[1] .

يكفى أن يكون صاحب المشيئة مميزاً :

لو علق الطلاق على مشيئة آدمى ، فشاء ، وقع الطلاق ، إذا كان مميزاً يعقل المشيئة حينها . ويكفى من الأخرس إشارته إذا كانت مفهومة .

فقدان الأهلية وقت المشيئة :

ولو علق الطلاق على مشيئة إنسان فجن قبل مشيئته ، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الشرط لم يوجد . أما لو خرس وفهمت إشارته ، فإشارته كنطقه فى هذه الحالة ، وكذا كتابته[2] .

توضيح ابن قدامة لموضوع تعليق الطلاق على مستحيل

ذكر ابن قدامة فى كتابه المغنى[3] تفصيلا فى تعليق الطلاق على مستحيل نذكره فيما يلى :

تعليق الطلاق على مستحيل :

«قال صاحب المغنى : فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق

(١) منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٧٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ طبع مطبعة الإمام بالمنشية بالقاهرة

إن قتلت الميت ، أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على ما يستحيل عادة ، كقوله : إن طرت ، أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهبا ، أو شربت هذا النهر ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقع الطلاق فى الحال ؛ لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال ، وفى الثانى ، فلم يصح ؛ كاستثناء الكل ؛ كما لو قال : أنت طالق طلقة لاتقع عليك ، أو لا تنقص عدد طلاقك .

الثانى : لا يقع الطلاق ؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن مايقصد تبعيده ، يعلق على المحال كقوله :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى ∴ وصار القار كاللبن الحليب

أى لا آتيهم أبدا . وقيل : إن علقه على مايستحيل عقلا وقع فى الحال ؛ لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة ، وبقى مجرد الطلاق فوقع . وإن علقه على مستحيل عادة ؛ كالطيران وصعود السماء ، لم يقع ؛ لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك فى معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، فجاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده . فأما إن علق طلاقها على نفى فعل المستحيل فقال : أنت طالق إن لم تقتلى الميت ، أو تصعدى السماء ، طلقت فى الحال ؛ لأنه علقه على عدم ذلك ، وعدمه معلوم فى الحال وفى الثانى ، فوقع الطلاق ؛ كما لو قال : أنت طالق ، إن لم أبع عبدى ، فمات العبد . وكذلك لو قال : أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتلن الميت ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصعدن السماء ، أو ليطيرن فإنه لا يحنث . والصحيح أنه يحنث؛ فإن الحالف على فعل الممتنع ، كاذب ، حانث ، قال الله تعالى : « وأقسموا بالله جهد إيمانهم ، لا يبعث الله من يموت — إلى قوله تعالى — وليعلم

الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين ، ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى[1] .

تخصيص اليمين يقبل ديانة :

إذا حلف رجل يمينا على فعل بلفظ عام ، وأراد به شيئاً خاصاً ؛ مثل أن حلف لا يغتسل الليلة ، وأراد الجنابة . أو لا قربت لى فراشا ، وأراد ترك جماعها . أو قال : إن تزوجت فعبدى حر ، وأراد امرأة معينة ، أو قال : إن دخل إلى رجل أو أحد فامرأتى طالق ، وأراد رجلا بعينه . أو حلف لا يأكل خبزاً ، يريد خبز البر ، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان ، أو قال : إن خرجت فأنت طالق ، يريد الخروج إلى الحمام . أو قال : إن مشيت ، وأراد استطلاق البطن ، فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة : « ثم تستمشين» ويقال:شربت مشيا، ومشوا، إذا شرب دواء يمشيه ، فإن يمينه فى ذلك على ما نواه ، ويدين فيما بينه ، وبين الله تعالى ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وقال : أردت بالثانية التوكيد .

قبول ادعاء تخصيص اليمين قضاء :

أما قول قول الرجل : إنه أراد بيمينه شيئاً خاصاً مع أن اليمين على فعل بلفظ عام فى الحكم ، فإنه يخرج على روايتين :

الأولى : قبول قول الرجل ، فقد نقل عن أحمد فى الظهار فيمن قال لامرأته : إن قربت لى فراشا ، فأنت على كظهر أمى ، فجاءت فقامت على فراشه ، فقال : أردت الجماع أنه لا يلزمه شيء .

الرواية الثانية

أما الرواية الثانية فتفيد عدم قبول قول الرجل . وقال الشافعى ، ومحمد ابن الحسن من الأحناف : لا يقبل قول الرجل فى الحكم فى هذا كله ، لأنه خلاف الظاهر .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

اختصاص اليمين بسببها :

من حلف يمينا عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين في المذهب روايتان[1] :

الأولى

أن اليمين تختص بسببها فقد روى عن أحمد ما يدل على أن اليمين تختص بما وجد فيه السبب ؛ لأن الظاهر أن الحالف أراد السبب ، فاختصت يمينه به ، كما لو نواه ؛ فمن حلف لعامل ألا يخرج إلا بإذنه فعزل فإن يمينه تنحل ؛ لأنه إنما حلف عليه ، لكونه عاملا له . وقال الخرقي — بعد أن ذكر الرواية المنسوبة إلى أحمد — : فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين ، وماهيجها ؛ فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب — وهذا هو قول أصحاب أبي حنيفة[2] .

الثانية :

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فيمن قال : لله على أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله . فقال المنذر : يوفى به ؛ وذلك لأن اللفظ دليل الحكم ، فيجب اعتباره في الخصوص ، والعموم ، كما في لفظ الشارع[3] .

اعتراض على الرأى الثاني ورد لدليله :

قال صاحب المغني : « ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها ؛ لدلالته عليها ، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية . وفارق لفظ الشارع ؛ فإنه يريد بيان

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٠٨ .

(٢) راجع المغنى لابن قدامة الحنبلي حـ ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمنشية بالقاهرة — والشرح الكبير على هامش المغنى حـ ٨ ص ٤٣٢ .

(٣) الشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة الحنبلي حـ ٨ ص ٤٣٢ .

الأحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم فى غير محل السبب »(١) .

تفريع على ماتقدم :

وتفريعا على ماتقدم ما تقدم: لو أن رجلا قامت امرأته لتخرج؛ فقال: إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، ولو أن إنسانا دعا رجلا إلى غدائه ؛ فقال : امرأتى طالق إن تغديت ، ثم رجع فتغدى فى منزله ، لم يحنث على الرأى الأول ، ويحنث على الثانى(٢) .

للقرائن دخل فى التخصيص :

قال القاضى : لو أن رجلا قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق فدخلها هو لايقع عليها الطلاق ؛ لأن قرينة المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ، ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً .

رأى آخر :

وقال صاحب المغنى فى المسألة السابقة : إن هناك احتمالا أن يحنث الحالف باليمين السابقة ، أخذا بعموم اللفظ، وإعراضا عن السبب كما سبق بيان ذلك الاحتمال فيمن حلف يمينا عامة لسبب خاص وله نية .

العرف يعتد به:

قال الحنابلة: إن العرف يعتد به فى بيان حصول المحلوف عليه أو، لا. فمن قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ؛ لأن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمنشية بالقاهرة .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، فيجب حمل الوطء عند الإطلاق على الجماع ، إعمالا للعرف كسائر الأسماء العرفية ؛ من الظعينة ، والرواية ، وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة فى الفرج . ومن حلف ليجامعها ، أو لا يجامعها ، انصرف يمينه إلى الوطء فى الفرج ، ولم يحنث بالجماع فيما دون الفرج ، وإن أنزل ؛ لأن مبنى الأيمان على العرف . والعرف ماقلناه .

أثر اعتبار العرف:

وفرّع الحنابلة على ماتقدم أيضا ؛ فقالوا : إن من حلف لأفتضضنك ، فافتضها بإصبع، لم يحنث؛ لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر. ومن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ؛ لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه لكن لو كان يملكها بنكاح ، أو بملك يمين فاليمين فى هذه الحالة تنصرف إلى وطئها ؛ لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها ، لكونها معقودا عليها .

وقال الحنابلة أيضا : لو حلف الرجل قائلا لزوجته : إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق ، فانفلت الصبى بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى، ألا يخرج فقد حنث ، وإن نوى ألا تدعه لم يحنث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها ، فكانت كالمكره ، إذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وإن نوى فعله فقد وجد ، وحنث . وإن لم تعلم نيته ، انصرفت يمينه إلى فعلها ، لأنه الذى تناوله لفظه ، فلا يحنث ، إلا إذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

طلاق غير المدخول بها :

القاعدة عند الحنابلة أن كل طلاق يترتب فى الوقوع ، ويأتى بعضه بعد بعض، لا يقع بغير المدخول بها، منه ، أكثر من طلقة واحدة ؛ لأنه طلاق

مفرق فى غير المدخول بها، فتبين بطلقة؛ لأنه لا عدة عليها، فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ، فلم يمكن وقوع الطلاق بها ؛ لأنها غير زوجة ، وإنما تطلق الزوجة . وقد انعقد الإجماع على ذلك . أما غير المدخول بها فيقع ثلاث إذا أوقعها بمثل قوله : أنت طالق، فطالق ، فطالق. أو قوله : أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، أوأنت طالق، ثم طالق، وطالق، أوفطالق، وأشباه ذلك؛ لأن هذه حروف تقتضى الترتيب ، فتقع بها الأولى فتبينها فتأتى الثانية ، فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها ، وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع ، وكذلك الثالثة . وكذلك لو قال : أنت طالق، بل طالق، وطالق. ذكره أبو الخطاب . ولو قال : أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة، أو طلقة، فطلقة، أو طلقة، ثم طلقة، وقع بغير المدخول بها طلقة ، وبالمدخول بها طلقتان؛ لما ذكرنا من قبل من أن هذا يقتضى طلقة بعد طلقة .

أنت طالق طلقة قبلها طلقة :

وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففى المذهب آراء نجملها فيما يلى:

١ — الرأى الراجح :

نقل عن القاضى أنه يقع بالعبارة السابقة طلقة واحدة بغير المدخول بها. وطلقتان بالمدخول بها . وعلل القاضى لهذا الرأى فقال :

إن هذا طلاق بعضه قبل بعض . فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال : طلقة بعد طلقة . ولا يمتنع أن يقع المتأخر فى لفظه متقدما كما لو قال : طلقة بعد طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم فانه لو قيل جاء زيد بعد عمرو ، أو جاء زيد وقبله عمرو ، أو أعط زيدا بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا إيقاعا للطلاق فى زمن ماض وإنما يقع إيقاعه فى المستقبل مرتبا على الوجه

الذى رتبه . ولو قدر أن احداهما موقعة فى زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الأخرى وحدها وهذا الرأى يوافق ظاهر مذهب الشافعى.

رأى آخر :

وقال أبو بكر : إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق طلقة قبلها طلقة . يقع طلقتان فى المدخول بها ، وغير المدخول بها . وهذا الرأى يوافق قول أبى حنيفة .

توجيه هذا الرأى :

وقد علل لهذا الرأى : بأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، فوقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها فى أقرب الأزمنة إليها وهو معها ، ولا يلزم تأخرها إلى مابعدها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب[1] .

المذهب الظاهرى

تأثير النية فى عدد الطلقات :

للظاهرية رأى بالنسبة لتأثير النية فى المدخول بها ، وغير المدخول بها فى عدد الطلقات التى يصح أن تكون محلا لوقوعها على المطلقة فتارة يسوون بين المدخول بها وغير المدخول بها ، وتارة أخرى يفرقون . وتفصيل ذلك مايأتى :

يعتد بالنيــة :

قال الظاهرية : من قال : أنت طالق ، ونوى اثنتين ، أو ثلاثا ، فهو كما نوى ، سواء قال ذلك ، ونواه فى موطوأة ، أو فى غير موطوأة . وإن

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٤١٦ .

لم ينو عددا من الطلاق فهى واحدة : لأنها أقل الطلاق فهى اليقين الذى لاشك فيه أنه يلزمه .

دليل ماتقدم

واستدل الظاهرية لقولهم السابق بالسنة والمعقول فقالوا :

السنـة

أما السنة فمنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات، وإنما لـكل امرىء مانوى » .

وجه الاستدلال

بين الحديث أن حجة العمل وتحققه متوقفة على نية فاعله ، وأن كل امرىء يحاسب ويجازى على عمله طبقا لما نواه وقصده وأراده من العمل الذى قام به . ولهذا كانت للنية آثار هامة فى مسائل متعددة ؛ فقد يصبح المباح ، ممنوعا ومحرما اعتبارا واعتمادا على النية من إتيان هذا المباح . وكذلك قد يصبح الحرام آخذا حكم الحلال المباح استعماله شرعا حسب النيـة من الإتيان به .

المعقول

أما المعقول فقد وضحه ابن حزم بقوله : إننا قد ذكرنا أن طلاق الثلاث مجموعة سنة ، وأن اسم الطلاق يقع عليها ، وعلى الثنتين ، وعلى الواحدة ، فإذ ذلك كذلك ، فهو ومانواه من عدد الطلاق .

إذا لم ينو عددا

أما إذا لم ينو عددا من الطلاق بقوله : أنت طالق، فيقع طلقةواحدة؛ لأنها أقل الطلاق . فهى اليقين الذى لاشك فيه أنه يلزمه . ولا يجوز أن يلزم زيادة بلا يقين .

إن نوى التأكيد فلا تكرار للطلاق

ولو قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق، ونوى التكرير لكلمته ، وإعلامها فالواقع طلقة واحدة ،كما إذا لم ينو شيئا، سواء فى ذلك الموطوأة ، أو التى لم يطأها .

إذا نوى تكرار الطلاق

ولو قال الرجل لامرأته التى دخل بها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، ونوى بذلك أن كل طلقة غير الأخرى،فهى ثلاث، إن كررها ثلاثا . وهى اثنتان إن كررها مرتين بلا شك . ولو قال لغير موطوأة منه : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فهى طلقة واحدة[1] ؛ لأن تكراره للطلاق وقع وهى فى غير عدة منه إذ لا عدة على غير موطوأة بنص القرآن . وهى أجنبية بعد . وطلاق الأجنبية باطل .

تلخيص ابن حزم لرأى مخالفيه

لخص ابن حزم آراء مخالفيه فقال: « واختلف الناس فى هذا[2]: فقالت طائفة كما قلنا ، وقالت طائفة : إن كان وصل كلامه ، ولم يقطع بعضه عن بعض فهى ثلاث لازمة ، وإن كان مفرقا بين كلامه بسكتة فهى طلقة واحدة فقط ، وقالت طائفة : إن كان ذلك فى مجلس واحد فهى كلها لوازم ، سواء فرق بين كل طلاقين بسكتة ، أو لم يفرق . وإن كان ذلك فى مجالس شتى لم يلزم من الطلاق إلا ما كان فى المجلس الأول فقط ، وتابع ابن حزم قوله فبين دليله هو ، ومن قال مثل قوله ، فقال :

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٧٤ مسألة ١٩٥٠ ، ١٩٥١ .

(٢) يقصد اختلاف فقهاء المذاهب الأخرى فى وقوع أكثر من طلقة إذا قال الرجل لامرأته غير المدخول بها : أنت طالق، أنت طالق ، أنت طالق ، ورأى ابن حزم أنه لا يقع على المرأة فى هذه الحالة سوى طلقة واحدة .

دليل ابن حزم :

فممن روينا عنه مثل قولنا من طريق سعيد بن منصور حدثنا عتاب ابن بشير عن خصيف عن زياد بن أبي مريم عن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثا ، ولم يكن دخل بها قال : هي ثلاث . فإن طلقها واحدة ، ثم ثنى ، ثم ثلث، لم يقع عليها ؛ لأنها قد بانت بالأولى . وصح هذا عن خلاس، وإبراهيم النخعي في أحد أقواله ، وطاووس ، والشعبي ، وعكرمة ، وأبي بكر عبد الرحمن بن الحارث بن هشام . وحماد بن أبي سليمان . ورويناه عن مسروق ، ورويناه عن طريق الحجاج بن المنهال بسند ينتهي إلى مطرف بن طريف الذي قال : سألت الحكم بن عتيبة عمن قال لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق، أنت طالق، يعني: ولم يكن دخل بها . قال : تبين بالتطليقة الأولى. والثنتان التي أتبع ليستا بشيء فقلت له : عمن تحفظه قال : عن علي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت، ورويناه أيضا عن ابن عباس، وهو قول سفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وأبي حنيفة والشافعي ، وأبي ثور ، وأبي عبيد ، وأحمد بن حنبل ، وأبي سليمان ، وأصحابهم .

مناقشة ابن حزم أدلة مخالفيه

قال ابن حزم : إن الروايات التي استدل بها أصحاب الرأي القائل بالتفريق بين تكرار لفظ الطلاق في مجلس واحد أو في عدة مجالس — وقالوا بلزوم الطلاق في المجلس الواحد سواء فرق كل طلاقين بسكتة أو لم يفرق — وبعدم لزوم الطلاق إذا كان في مجالس شتى إلا ما كان في المجلس الأول — إن الذي قيل كدليل لهذا الرأي كلها روايات لا بيان فيها؛ فقد روى من طريق سعيد بن منصور بسند ينتهي إلى عطاء بن أبي رباح وجابر بن زيد أنهما قالا جميعا : إذا طلقت البكر ثلاثا فهي واحدة — ونقل عن الحسن فيمن طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها : أنه إن شاء

خطبها . كما نقل عن عطاء بن يسار أنه سئل عمن طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها، أنه قال : طلاق البكر واحدة — وكل هذه الروايات لم يبين فيها هل الطلقات كانت مفرقة أم مجموعة، والله أعلم بمرادهم — أما ماقيل من أن ابن عباس سأله رجل من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول — وكان أبو هريرة عند بن عباس حينئذ — فقال أبو هريرة له : واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها فصوبها ابن عباس . فهذه الرواية مطعون فيها بعدم الصحة ؛ لأن فى سندها عمر بن راشد وهو ضعيف .

أما مانقل أن عبد الله قال فيمن طلق امرأته البكر : واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها، ونحو ذلك، عن أم سلمة أم المؤمنين ، وعلى بن أبى طالب فلا دليل فيها ؛ لأنها لم تبين أمفرقة هى أم مجموعة — ويقول ابن حزم : وبذلك كانت كل الأقوال المخالفة لاتستند إلى برهان، فسقطت، فصح قولنا؛ لأنه بتمام قوله لها : أنت طالق بانت، وحل لها زوج غيره ، ولو مات لم ترثه ، ولو ماتت لم يرثها ، وليست فى عدة منه ، فطلاقه لها لغو ساقط وبالله التوفيق[1] .

التطليق ثلاثا بلفظ واحد :

ولو قال لزوجته التى لم يدخل بها ؛ أنت طالق ثلاثا : فإن قال لها ذلك ناويا فى قوله: أنت طالق، أنها ثلاث، فهى ثلاث. فإن لم ينو ذلك لكن نوى الثلاث، إذ قال ثلاثا، لم يقع سوى طلقة واحدة؛ لأنه بتمام قوله: أنت طالق بانت منه فصار قوله ثلاثا لغوا لامعنى له[2] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص١٧٦ مسألة ١٩٥١

(٢) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص١٧٦ مسألة ١٩٥٢

من طلق فى نفسه دون أن يتلفظ

قال ابن حزم : ومن طلق فى نفسه لم يلزمه الطلاق . واستدل لذلك بالسنة والمعقول ؛ فقال :

السنة :

أما السنه فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عفى لأمتى عما حدثت به نفسها مالم تخرجه بقول أو عمل »[٣]

وجه الاستدلال :

أبان الحديث الشريف أن حديث النفس ساقط مالم ينطق به وقد وردت عدة روايات تفيد المعنى المذكور . فمن ذلك ماروى عن عطاء أنه قال : إذا طلق فى نفسه فليس بشىء » ونقل عن أبى الشعثاء ، جابر بن زيد، أنه قال : إذا طلق فى نفسه فليس بشىء » كما نقل أن رجلا طلق امرأته فى نفسه فانتزعت منه فقال جابر بن زيد : لقد ظلم .

المعقول :

قال ابن حزم : الفرض ، والورع ألا يحكم حاكم ، ولا يفتى مفت بفراق زوجة عقد نكاحها بكتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بغير قرآن أو سنة ثابتة — ومن نوى الطلاق ، ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا؛ لأن النكاح رابطة قوية فلا تفصم إلا بعمل مبنى على قصد ونية ، حتى لاتتعرض الأسر للضياع والفساد .

مناقشة ابن حزم للمالكية :

قال ابن حزم : إن هناك قولا روى عن الزهرى ورواه أشهب عن

---

(٣) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص٩٨ مسألة رقم ١٩٦٣

مالك يفيد أن الطلاق يقع فيما لو نوى الطلاق ولم يلفظ به . فمن طلق فى نفسه وقع طلاقه . واستدل أصحاب هذا الرأى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل أمرىء مانوى » .

قال ابن حزم : وهذا الخبر حجة لنا عليهم ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل، ولا العمل عن النية، بل جمعهما جميعا، ولم يوجب حكما بأحدهما دون الآخر . وهكذا نقول : إن من نوى الطلاق ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا إلا حتى يلفظ به ، وينويه إلا أن يخص نص شيئا من الأحكام بإلزامه بنية دون عمل ، أو بعمل دون نية فنقف عنده — وقال ابن حزم : إن القول بأن النية معتبرة شرعا فى بعض الأمور الهامة فمن اعتقد الكفر بقلبه فهو كافر وأن لم يلفظ به، فكذلك الطلاق وإن المصر على المعاصى عاص آثم معاقب بذلك ، وأن من قذف محصنة فى نفسه فهو آثم ، ومن اعتقد عداوة مؤمن ظلما فهو عاص لله عز وجل، وإن لم يظهر ذلك بقول أو فعل ، ومن أعجب بعلمه أو رآءى فهو هالك ... كل ذلك لادليل فيه على اعتبار أن المطلق فى نفسه متلفظا بالطلاق، وذلك لأن اعتقاد الكفر قد جاء بخصوصه نص قرآنى قال تعالى : « يا أيها الرسول لايحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم» ، فخرج هؤلاء بنصوص القرآن والسنن عما عفى عنه . والعفو عن حديث النفس إنما هو عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم[1] فضيلة لهم بنص الخبر ، ومن أسر الكفر فليس من أمته صلى الله عليه وسلم ، فهو خارج عن هذه الفضيلة . وأما المصر على المعاصى فليس بصحيح أنه آثم، كما يدعى؛ فقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه » فصح أن المصر الآثم بإصراره هو الذى عمل السيئة ثم أصر

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ١٩٩ ، ٢٠٠

عليها ، فهذا جمع نية السوء ، والعمل السوء معا . وأما من قذف محصنة فى نفسه فقد نهاه الله عزوجل عن الظن السوء ، وهـذا ظن سوء نخرج عمـا عفى عنه بالنص ، ولايحل أن يقاس عليه غيره ، فيخالف النص الثابت فى عفو الله عز وجل عن ذلك . وأما من اعتقد عداوة مسلم فإن لم يضره بعمل ، ولا بكلام ، فإنما هو بغضة ، والبغضة التى لايقدر المرء على صرفها عن نفســه لايؤاخذبها ؛ فإن تعمد ذلك فهو عاص : لأنه مأمور بموالاة المسلم ومحبته، فتعدى ما أمره الله تعالى به، فلذلك أثم، وهكذا الرياء والعجب، وقد صح النهى عنهما . ولم يأت نص قط بإلزام طلاق ، أو عتاق ، أو رجعة أو هبة ، أو صدقة بالنفس لم يلفظ بشىء من ذلك ، فوجب أنه كله لغو(١)

تكرار الطلاق إعلاما وإخبارا

قال الظاهرية : ومن طلق امرأته ثم كرر طلاقها لكل من لقيه مشهدا أو مخبرا فهو طلاق واحد لايلزمه أكثر من ذلك(٢).

على المرأة أن تمنع نفسها:

قال ابن حزم : ومتى أيقنت المرأة من أن زوجها طلقها ثلاثا ، أوآخر ثلاث ، أو دون ثلاث ، ولم يشهد على مراجعته لهـا حتى تمت عدتها ، ثم أمسكها معتديا ففرض عليها أن تهرب عنه ، إن لم تكن لها بينة . فإن أكرهها فلها قتله دفاعا عن نفسها ، وإلا فهو زنى منها، إن أمكنته من نفسها، وهو أجنبي كعابر السبيل فحكمه فى كل شىء حكم الأجنبي .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص٢٠٠

(٢) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٨

تعليق الطلاق

تعليق الطلاق على مشيئة الله :

يرى الظاهرية عدم وقوع الطلاق إذا علقه على مشيئة الله. وتفريعا على ذلك قالوا إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله ، أو قال : إلا أن يشاء الله ، أو قال : إلا أن يشاء الله . أو قال : إلا ألا يشاء الله فكل ذلك سواء ، لا يقع بشيء من ذلك طلاق .

الدليل

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالقرآن الذي منه قوله تعالى : (ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله) وقوله تعالى : (وما تشاءون إلا أن يشاء الله)وقالوا : إننا نعلم أن الله تعالى لو أراد إمضاء هذا الطلاق ليسره بإخراجه بغير استثناء فصح أنه تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره بتعليقه بمشيئته عزوجل .

تعليق الطلاق على مشيئة إنسان

ويفهم من كلام ابن حزم أن تعليق الطلاق على مشيئة الإنسان يجعل الطلاق غير واقع ؛ فقد نقل ابن حزم أقوال مخالفيه في موضوع تعليق الطلاق على المشيئة فقال : روى عن أبي ليلى : إن طلق واستثنى فالطلاق واقع ، وإن أخرجه مخرج اليمين فله استثناؤه . وقال مالك : فإن قال : أنت طالق إن شاء زيد أو قال : إلا أن لا يشاء زيد ، أو إلا أن يشاء زيد ، فإنها لا تطلق إلا أن يشاء زيد واحتجوا لذلك بأن مشيئة زيد تعرف ومشيئة الله تعالى لا تعرف . ورد ابن حزم على ذلك فقال : قال أبو محمد : وهذا باطل بل مشيئة زيد لا يعرفها أحد غيره وغير الله تعالى ؛ لأنه قد يكذب .

وأما مشيئة الله تعالى فمعروفة بلا شك ؛ لأن كل ما نفذ فقد شاء الله تعالى كونه ، ومالم ينفذ فلا نشك أن الله تعالى لم يشأ كونه . »[1]

إضافة الطلاق إلى زمن أو تعليقه على شيء

يرى الظاهرية أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل لا يقع لا فى الحاضر ولا فى المستقبل؛ فمن قال لزوجته: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو ذكر وقتا ما فلا تكون طالقا بذلك لا الآن ، ولا إذا جاء رأس الشهر ؛ لأن ذلك لم يأت به قرآن ولا سنة ، فقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها ، وفى غير المدخول بها . وليس هذا فيما علمنا « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» . والقاعدة العامة فى المذهب : أن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه ، فمن المحال أن يقع بعد ذلك فى حين لم يوقعه فيه .

مناقشة الظاهرية أدلة مخالفيهم

ناقش ابن حزم آراء الفقهاء الذين خالفوه فقال :[2] ومن قال ؛ إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو ذكر وقتا ما . . . . وقد اختلف الناس فى هذا فقالت طائفة من طلق إلى أجل لم يقع بذلك الطلاق إلا إلى ذلك الأجل. . . . فقد نقل عن ابن عباس أنه كان يقول : من قال لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، إنه يطؤها ما بينه وبين رأس السنة ، ونقل عن عطاء أنه قال : من قال لامرأته : أنت طالق إذا ولدت فله أن يصيبها مالم تلد ، ولا تطلق حتى يأتى الأجل وكذلك من قال : إلى سنة وروى عن جابر بن زيد أبى الشعثاء أنه قال : هى طالق إلى الأجل الذى سمى وتحل له مادون ذلك . وروى عن سفيان الثورى أنه قال : من قال لامرأته إذا حضت حيضة فأنت

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٨ .
(٢) « « جـ١٠ ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ .

طالق . فإنها إذا دخلت فى الدم طلقت عليه . فإن قال لها متى حضت حيضة فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى تغتسل من آخر حيضتها ؛ لأنه يراجعها حتى تغتسل وبأن لا يقع الطلاق المؤجل إلا إلى أجله . . . .
وهناك قول آخر : وهو أن الطلاق يقع فى الحال ساعة التلفظ به . ونقل هذا القول عن سعيد بن المسيب فيمن طلق امرأته إلى أجل قال : يقع الطلاق ساعتئذ ولا يقربها . . . . وقول ثالث يفرق بين تعليق الطلاق على شىء وبين إضافته إلى زمن ، فقد نقل قتادة عن الحسن أنه قال : إذا قال : أنت طالق إذا كان كذا لأمر لا يدرى أن يكون أو لا ، فليس بطلاق حتى يكون ذلك، ويطؤها فإن ماتا قبل ذلك توارثا . فإن قال : أنت طالق إلى سنة ، فهى طالق حين يقول ذلك . وهو قول مالك . وقول رابع روى عن ابن أبى ليلى فيمن قال لامرأته : أنت طالق إلى رأس الهلال قال : أتخوف أن يكون قد طلقها . فوجدنا من حجة من قال بأنه وقع عليه الطلاق الآن ، أنهم قالوا : هذا الطلاق إلى أجل فهو باطل ، كالنكاح إلى أجل . فقلنا لهم فلم قلتم : إنه إن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق أنها لا تطلق إلا بدخول الدار . فإنه طلاق إلى أجل فأوقعتموه حين لفظ به . وبهذا نعارضهم فى قولهم: إن ظاهر أمره أنه ندم إذ قال : أنت طالق فأتبع ذلك بالأجل فيلزمهم ذلك فيمن قال : أنت طالق إن دخلت الدار . وهو قول صح عن شريح فألزمه الطلاق دخلت الدار أو لم تدخله . وقالوا إذا قال: أنت طالق، فالطلاق مباح ، فإن أتبعه أجلا فهو شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فهو باطل ؛ فقلنا : بل ما طلاقه إلا فاسدا لا مباح ؛ إذ علقه بوقت . ولا يجوز إلزامه بعض ما التزم دون سائره، فظهر فساد هذا القول. ويكفى من هذا أنه تحريم فرج بالظن على من أباحه الله تعالى له باليقين ونعوذ بالله من هذا . ولا نجد لمن فرق بين الأجل الآتى ، والآبد ، وبين الأجل الذى لا يأتى ، حجة أصلا ، غير دعواه ، لا سيما وهم يفسدون النكاح إذا

أجل الصداق إلى أجل قد يكون ، وقد لايكون . بعكس قولهم فى الطلاق ، وكلا الأمرين أجل ولا فرق ، وأيضا فقد يأتى الأجل الذى قالوا فيه : إنه يجىء وهو ميت ، أو وهى ميتة ، أوكلاهما ، أو قد طلقها ثلاثا ، فظهر فساد هذا القول جملة وبالله التوفيق . . . ثم نظرنا فيما يحتج به من أجاز ذلك وجعل الطلاق يقع إذا جاء الأجل ، لا قبل ذلك بأن قال : قال الله تعالى : « وأوفوا بالعقود » . فقلنا : إنما هذا فى كل عقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، أو ندب إليه ، لا فى كل عقد جملة ، ولا فى معصيـة ، ومن المعاصى أن يطلق بخلاف ما أمر الله تعالى فلا يحـل الوفاء به . وقالوا : « المسلمون عند شروطهم » وهذا كالذى قبله ، لأن رسول الله صلى عليه وسلم قال : « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل » ، والطلاق إلى أجل مشترط بشرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل . وقالوا : نقيس ذلك على المداينة إلى أجل ، والعتق إلى أجل؛ فقلنا[1] : القياس باطل ، ثم لو كان حقا لـكان هذا منه باطلا ؛ لأن المداينة ، والعتق قد جاء فى جوازهما إلى أجل النص ، ولم يأت ذلك فى الطلاق ، ثم لو كان القياس حقا لـكان هذا منه باطلا ؛ لأنـكم مجمعون على أن النـكاح إلى أجل لا يجوز ، وأن ذلك النكاح باطل فهلا قستم الطلاق إلى أجل على ذلك . وقالوا : قد أجمعوا على وقوع الطلاق عند الأجل ؛ لأن من أوقعه حين نطق به فقـد أجازه ، فالواجب المصير إلى ما اتفقوا عليه فقلنـا هذا باطل ، وما أجمعوا قط على ذلك ؛ لان من أوقع الطلاق حين لفظ به المطلق لم يجـز قط أن يؤخر إيقاعه إلى أجل . والذين أوقعوه عند الأجل لم يجيزوا إيقاعه حين نطق به ، وقالوا : هذا قول صاحب لا يعرف له من الصحابة مخالف . فقلنا :

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

هذا من رواية أبي المطوف الجراح بن المنهال الجزرى. وهو كذاب مشهور بوضع الحديث ، فبطل هذ القول ، أيضا ، والحمد لله رب العالمين .

تفويض الطلاق للمرأة

يرى الظاهرية أن من جعل لزوجته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ، ولا تكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الطلاق : إنما جعله الله للرجال لا للنساء[1] .

الحلف بالطلاق والطلاق بالصفة

يرى الظاهرية أن اليمين بالطلاق لا يلزم . وسواء بر، أو حنث، لا يقع به طلاق . ولا طلاق إلا كما أمر الله تعالى ، ولا يمين إلا كما امر الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم .

الدليل على عدم وقوع الطلاق بالحلف به

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق بالحلف بقول الله عز وجل : «ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم» . كما استدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله» . فكل حلف بغير الله عز وجل هو معصية وليس يمينا . وقد قضى بعدم الطلاق على من حلف بالطلاق فحنث في يمينه صحابي جليل هو على بن أبي طالب ، فقد روى عنه رضى الله عنه أن بعض الصحابة اختصموا إليه طالبين أن يطلق على الرجل امرأته حيث حلف بالطلاق وحنث ، فلم يقض على بالطلاق فقد روى عن الحسن أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذه أهل امرأته فجعلها طالقا ، إن لم يبعث بنفقتها الى شهر فجاء الأجل ، ولم يبعث إليها بشيء . فلما قدم خاصموه إلى على فقال على : اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه ، ونقل عن شريح القاضي أنه خوصم إليه في رجل طلق امرأته إن أحدث في الإسلام حدثا ، فأكترى بغلا إلى حمام اعين ، فتعدى به إلى أصبهان فباعه ،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ١٢٦ .

واشترى به خمرا فقال شريح : إن شئتم شهدتم عليه أنه طلقها . فجعلوا يرددون القصة ، ويردد عليهم فلم يره حدثا . وأخبر بن طاوس أن أباه كان يقول : الحلف بالطلاق ليس شيئا ، فسئل هل كان يمينا ؟ فقال: لاأدرى فهؤلاء: على بن طالب وشريح ، وطاوس، لا يقضون بالطلاق على من حلف به فحنث . ولا يعرف لعلى فى ذلك مخالف من الصحابة رضى الله عنهم(١) .

وقال ابن حزم : والطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين . كل ذلك لا يلزم وبالله التوفيق . ولا يكون طلاقا إلا كما أمر الله تعالى به وعلمه وهو القصد إلى الطلاق. وأما ماعدا ذلك فباطل وتعد لحدود الله عز وجل. وقد ذكرنا . قول عطاء ، فيمن حلف بطلاق امرأته ثلاثا إن لم يضرب زيدا فمات زيد ، أومات هو : انه لا طلاق عليه أصلا ، وانه يرث امرأته إن ماتت ، وترثه إن مات . وهذا هو قول أبى ثور .

رد أقوال المخالفين :

وقد ذكر ابن حزم أقوال أصحاب المذاهب الأخرى التى خالفته ثم فندها فقال : « وقال سفيان : الطلاق يقع بعد الموت — (فيما لو حلف الرجل بطلاق زوجته ثلاثا أن لم يضرب زيداً فمات زيد ، أو مات هو) — وهذا خطأ ظاهر . وقال الشافعى : الطلاق يقع عليه ، والحنث فى آخر أوقات الحياة . وهذه دعوى بلا برهان ، وقال مالك : يوقف عن امرأته وهو على حنث حتى يبر . وهذا كلام فاسد ؛ لأنه إن كان على حنث فهو حانث ، فيلزمه أن تطلق عليه امرأته ، أو أن تلزمه الكفارة باليمين بالله ، وإلا فليس حانثا ، وإذا لم يكن حانثا فهو على بر ، ولابد من أحدهما ، ولا سبيل إلى حاله ثالثة للحالف أصلا ، فصح أن قوله هو على حنث كلام لا يعقل وبالله التوفيق . وليت شعرى ! ! لأى شىء يوقف عن امرأته ،

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

ولا تخلو من أحد وجهين : إما أن تكون حلالا له فلا يحل توقفه عن الحلال ، أو تكون حراما ، فلا تحرم عليه إلا بالحنث فليطلقها عليه ثم نقول لهم : من أين أجزتم الطلاق بصفة، ولم تجيزوا النكاح بصفة ، والرجعة بصفة ؛ كمن قال : إذا دخلت الدار فقد راجعت زوجتى المطلقة ، أو قال : فقد تزوجتك . وقالت هي مثل ذلك ، وقال الولى مثل ذلك ولا سبيل إلى فرق . وبالله التوفيق[1] .

تعليق الطلاق على الزواج :

قال الظاهرية : لا أثر لتعليق طلاق الرجل أجنبية عنه على زواجه بها فمن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق . أو قال : فهى طالق ثلاثا فكل ذلك باطل . وله أن يتزوجها ولا تكون طالقا . وكذلك لو قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق . وسواء عين مدة قريبة . أو بعيدة . أو قبيلة ، أو بلدة ، كل ذلك باطل لا يلزم .

وبهذا القول قال على بن أبي طالب رضى الله عنه فقد نقل عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح . وإن سماها فليس بطلاق » وسئل عن رجل قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق » فقال على رضى الله عنه : « ليس طلاق إلا من بعد ملك » وروى مثل هذا عن ابن عباس فقد روى عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح » قال عطاء : فإن حلف بطلاق ما لم ينكح فلا شيء . قال ابن جريج : بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : إن طلق ما لم ينكح فهو جائز . فقال ابن عباس : أخطأ فى هذا ، إن الله عز وجل يقول : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ، ثم نكحتموهن — وعن جابر بن عبد الله يرفعه « لا طلاق قبل نكاح »[2] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٥ .

رد شبه المجيزين لتعليق الطلاق :

وقد رد ابن حزم على من أجاز تعليق طلاق المرأة الأجنبية عنه على زواجه منها ففند حجج أصحاب هذا الرأى ؛ فقال :

إن المجيزين لتعليق الطلاق على الزواج تمسكوا بأن التعليق للطلاق على الزواج جائز ؛ قياسا على النذر . وامتثالا لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[1] » فالطلاق المعلق عقد على إزالة قيد النكاح مشروط بشرط — وقالوا أيضاً : أن تعليق الطلاق ، وإضافته إلى زمن معين ، جائز ؛ قياسا على الوصية — وكل هذا — كما يقول ابن حزم — فاسد للآتى :

أما القول بجواز التعليق قياساً على النذر فالقياس كله باطل ثم لو صح لكان هذا منه باطلا : لأن النذر جاء فيه النص ، ولم يأت فى تقديم الطلاق قبل النكاح نص . والنذر شيء يتقرب به إلى الله عز وجل وليس الطلاق مما يتقرب به إلى الله عز وجل ، ولا مما ندب الله تعالى عباده إليه ، وحضهم عليه ، ومن المتفق عليه أن الرجل لو قال : على نذر لله تعالى أن أطلق زوجتى أنه لا يلزمه طلاقها ، وهذا مما يبطل القول بجواز تعليق الطلاق أو إضافته إلى زمن قياساً على النذر . أما القول بجواز تعليق الطلاق امتثالا لأمر الله تعالى الوارد فى قوله : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فيرد عليه بأن الطلاق ليس من العقود اللازم الوفاء بها لمن عقده على نفسه بمعنى عقد أن يطلق إلا أنه لم يطلق فليس الطلاق من العقود التى أمر الله تعالى بالوفاء بها قبل أن توقع . أما القياس على الوصية فهذا كما يقول ابن حزم من أرذل قياساتهم وأظهرها فساداً ؛ لأن الوصية نافذة بعد الموت ، ولو طلق الحى بعد موته لم يجز ، والوصية قربة إلى الله عز وجل بل هى فرض ، والطلاق ليس فرضا ، ولا مندوبا إليه . ويقول ابن حزم : « وما وجدنا لهم شغبا غير هذا ، وهو قول لم يصح عن أحد من الصحابة

---

(١) الآية رقم ١ من سورة المائدة .

رضى الله تعالى عنهم وما روى عن عمر فى هذا فروايات موضوعة ففيها ياسين ، وهو هالك ، وفيها أبو محمد وهو مجهول، ثم الرواية فيها انقطاع فهو منقطع بين إبى سلمة وعمر . »[1] ورد ابن حزم على القول القائل بجواز تعليق الطلاق على الزواج إذا خص وبعدم إيقاع الطلاق إن عم فقال :

« ثم نظرنا فى قول من ألزمه إن خص ، ولم يلزمه إن عم فوجدناه فرقا فاسداً ، ومناقضة ظاهرة ، ولم نجد لهم حجة أكثر من قولهم : إذا عم فقد ضيق على نفسه . فقلنا ما ضيق ، بل له فى الشراء فسحة ، ثم هبك أنه قد ضيق فأين وجدتم أن الضيق فى مثل هذا يبيح الحرام ؟ وأيضاً فقد يخاف فى امتناعه من نكاح التى خص طلاقها إن تزوجها أكثر مما يخاف لوعم لكلفه بها فوضح فسادهذا القول، لتعريه عن البرهان جملة . ووجدناه أيضاً لا يصح عن أحد من الصحابة ، لأنه إما منقطع ، وإما من طريق محمد بن قيس المرهبي ، وليس بالمشهور . ثم رجعنا إلى قولنا فوجدنا الله تعالى يقول : « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) فلم يجعل الله الطلاق إلا بعد عقد النكاح ومن الباطل ألا يقع الطلاق حين إيقاعه ، ثم يقع حين لم يوقعه إلا ببرهان واضح ووجدناه إنما طلق أجنبية، وطلاق الأجنبية باطل . والعجب أن المخالفين لنا أصحاب قياس بزعمهم ، ولا يختلفون فيمن قال لامرأته : إن طلقتك فأنت مرتجعة منى فطلقها ، أنها لا تكون مرتجعة ، حتى يبتدىء النطق بارتجاعه لها ، ووجدناهم لا يختلفون فيمن قال : إذا قدم أبى فزوجينى من نفسك فقد قبلت نكاحك ، فقالت : هى ، وهى مالكة أمر نفسها : وأنا إذا جاء أبوك فقد تزوجتك ، ورضيت بك زوجا . فقدم أبوه ، فإنه ليس بينهما بذلك نكاح أصلا . ولا يختلفون فيمن قال لآخر : إذا كسبت مالا فأنت وكيلى فى

(١ و ٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٧

الصدقة به . فكسب مالا ، فإنه لا يكون الآخر وكيلا فى الصدقة به ، إلا حتى يبتدىء اللفظ بتوكيله . فلا ندرى — (مع هذا الذى ذكر) — من أين وقع لهم جواز تقديم الطلاق ، والظهار قبل النكاح . وحسبنا الله ونعم الوكيل ... ويقول ابن حزم : إنهم لا يختلفون فيمن قال لآخر : زوجنى ابنتك إن ولدت لك من فلانة ، فقال الآخر : نعم قد زوجتك ابنتى إن ولدتها لى فلانة . فولدت له فلانة ابنة فإنها لا تكون له بذلك زوجة ... ولا يختلفون فيمن قال لآخر: إذا وكلتنى بطلاق امرأتك فلانة فقد طلقتها ثلاثا ، ثم وكله الزوج بطلاقها . أنها لا تكون بذلك طالقا ، ولا يختلفون فيمن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها فطلقها إثر تمام العقد ثلاثا . ثم أتت بولد لتمام ستة أشهر من حيث ذلك فإنه لا حق به . وهذه كلها متناقضات فاسدة . وبالله التوفيق[1] .

الشيعة الإمامية

الطلاق المعلق

الطلاق المعلق لا يقع

يشترط الشيعة الإمامية . لوقوع الطلاق ألا يكون معلقاً على شرط ، أو صفة . وفسروا الشرط: بأنه ما أمكن وقوعه وعدمه ، كتعليق الطلاق على قدوم مسافر ، أو على دخول المرأة الدار .

أما تعليق الطلاق على صفة فقد فسره فقهاء الشيعة الإمامية : بأنه تعليق الطلاق على ماقطع بحصوله عادة كتعليقه على طلوع الشمس أوزوالها . وما تقدم هو موضع اتفاق الشيعة الإمامية — قال الحلى: « ويشترط تجريده عن الشرط، والصفة » ، واستثنى من ذلك على الرأى الراجح فى المذهب حالة أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معلوم الوقوع للمعلق حال التلفظ بصيغة

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٨

تعليق الطلاق كقوله الرجل لزوجته : أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك . وهو يعلم وقوعه ؛ لأنه حينئذ غير معلق فيقع الطلاق منجزا فى هذه الحالة[1] .

تعليق الطلاق على المشيئة

وقال الإمامية بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله . اعتباراً بأن هذا من قبيل الطلاق المعلق على شرط .

تعليق الطلاق على النكاح

قال الإمامية بعدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق . فالشرط عندهم فى المطلقة هو الزوجية وقت التلفظ بصيغة الطلاق ، فلا يقع طلاق على أجنبية علق على الزواج منها ، ولو تحقق الشرط[2] .

لا يقع الطلاق بلفظ اختارى

يقول الإمامية : إنه لا يقع الطلاق بالتخيير للزوجة بين الطلاق . والبقاء بقصد الطلاق، وإن اختارت نفسها فى الحال؛ لأصالة بقاء النكاح وللرواية المنقولة عن الباقر (ع) « إنما الطلاق أن يقول : أنت طالق » ... الخبر ، ويقول الصادق (ع) « ما للناس ، والخيار؟ إنما هذه شىء خص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم .

رأى آخر بالوقوع

وذهب ابن الجنيد إلى أن الطلاق يقع بالتخيير للزوجة بين الطلاق ، والبقاء بقصد الطلاق . واستدل برواية عن الباقر (ع) « المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق » — وقد تأول أصحاب الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق هذه الرواية المنسوبة للإمام الباقر بأنها محمولة على تخيرها بسبب غير الطلاق، كتدليس ، وعيب ، جمعا بين الروايتين[4] .

(١ ، ٢) راجع المختصر النافع للحلى ص ١٩٨ — والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ .

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٩ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ .

تولى المرأة الطلاق

عبارة المرأة المكلفة معتبرة عند الإمامية فتنعقد بها سائر التصرفات ، فللمرأة مباشرة كافة العقود متى توافرت فيها الأهلية الكاملة . ولهذا قالوا: بجواز توكيل الزوجة فى طلاق نفسها ، وغيرها[١] .

دليل هذا الرأى

واستدل الإمامية لرأيهم السابق بقولهم : إنه قد اتفق على أن المرأة متى كانت كاملة الأهلية جاز لها أن تتولى التصرف فى مالها فمباشرتها الطلاق جائز كما جاز توليها غيره من العقود ؛ لأنها كاملة الأهلية. فلا وجه لسلب عبارتها فيه .

اعتراض ورد عليه

وقد اعترض على الإمامية فى إجازتهم تطليق المرأة نفسها بتوكيل الزوج لها فى ذلك بأن ذلك سيجعل المرأة فى هذه الحالة متولية الإيجاب والقبول فيكون عقد الطلاق قد تولاه طرف واحد، وهذا غير جائز؛ وقد أجاب الإمامية على هذا الاعتراض فقالوا : إن هذا لا يقدح فى صحة تولى المرأة طلاق نفسها إذا ما وكلها زوجها فى ذلك ، ولها أن تتولى تطليق غيرها من النساء إذا وكلت فى ذلك ممن له حق الطلاق ؛ لأنه فى حالة تطليقها لنفسها ستكون موجبة باعتبار وقابلة باعتبار آخر ، والمغايرة الاعتبارية كافية ، والطلاق مما يقبل النيابة ، فلا خصوصية للنائب .

اعتراض آخر ورد عليه

كما رد الإمامية على اعتراض آخر وجه لرأيهم السابق، وملخصه: أن الرسول صلى الله عليه وسلم فى قوله : الطلاق بيد من أخذ بالساق ، قد جعل الطلاق

يد الرجل لا المرأة ، وفى إجازة تولى المرأة تطليق نفسها بتوكيل من زوجها منافاة لهذا الحديث ؛ فقالوا : إن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «الطلاق بيد من أخذ بالساق » لاينافى جواز توكيل الزوج زوجته فى طلاق نفسها؛ لأن يدها مستفادة من يده ، ولأن هذا الحديث لا يدل على حصر الطلاق فى الرجال ، وهو وأن دل على الحصر فدلالته ضعيفة .

هدم الزوج الثانى مابقى للأول من طلاق

المذهب الحنفى

رأى أبى حنيفة وأبى يوسف

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الزوج الثانى يهدم مابقى للزوج الأول من طلقات دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحل وملك جديدين كاملين. ومثل هذا روى عن على وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم .

رأى محمد وزفر

أما عند محمد فالزوج الثانى لايهدم مادون الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بعد طلاقها من زوجها الثانى بما بقى للزوج الأول من الطلقات الأولى لا غير . ومثل هذا نقل عن عمرو ابى بن كعب ، وعمران بن حصين.

دليل أبى حنيفة ومن معه

استدل أبو حنيفة بالنصوص والمعقول :

نصوص الكتاب

أما نصوص الكتاب فالعمومات الواردة فى قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » وفى قوله تعالى: « وأنكحوا الأيامى منكم، والصالحين من عبادكم وإمائكم » .

وجه الاستدلال

العموم الوارد بالأمر بالنكاح فى الآية الأولى ، وبالإنكاح فى الآية الثانية يقتضى جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة ، أولا ، وبين أن تكون مطلقة ثلاثا ، تخللها إصابة الزوج الثانى أولا . . إلا أن المطلقة الثلاث التى لم يتخللها إصابة الزوج الثانى خصت عن النصوص فبقى ماوراءها داخلا فى العموم المقتضى حل وجواز النكاح أى أن المرأة المتزوجة بعد زوج آخر يملك عليها زوجها طلقات ثلاث سواء كانت قد تزوجت الزوج الثانى بعد طلاقها من الأول ثلاث تطليقات أو أقل(١) .

نصوص السنة

وأما النصوص من السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث بعمومه فى الأمر بالتزوج والنهى عن الطلاق يفيد أنه لافرق بين الزواج بعد زوج آخر ، وبين الزواج بمن لم تتزوج قبل ، والتسوية بينهما فى الحل تقتضى وتستلزم التسوية بينهما فى الحقوق التى منها ملك الزوج ثلاث طلقات على الزوجة .

المعقول

واستدل لرأى أبى حنيفة بالمعقول من وجهين : أحدهما : أن النكاح مندوب إليه ، ومسنون ، وعقد ، ومصلحة ، لتضمنه مصالح الدين والدنيا

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٧ وفتح القدير ج ٣ ص ١٨٠ على الهداية شرح بداية المبتدى .

فلا يجوز أن يمنع عنه ؛ لأنه يؤدى إلى التناقض، لأن قطع المصلحة مفسدة، والشريعة منزهة عن التناقض . إلا أنه قد يخرج النكاح عن أن يكون مصلحه بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع، أوغيرذلك من المعانى، ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة ، فشرع الطلاق لاستيفاء المقاصد المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى ، إلا أن خروج النكاح عن أن يكون مصلحة لايعرف إلا بالتأمل ، والتجربة، ولهذا فوض الطلاق إلى الزوج لاختصاصه بكمال الرأى والعقل ؛ ليتأمل ويتدبر ، ويتروى ، فإذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ، ثم مال قلبه إليها حتى تزوجها بعد زواجها بزوج ثان وإصابة الزوج الثانى لها ، ـ وهذا أمر فى غاية النفار فى طباع الفحول ، ونهاية المنع ـ فدل ذلك على أن طريق الموافقة بينهما قائم ، وأنه أخطأ فى التجربة وقصر فى التأمل ، فبقى النكاح مصلحة ، لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما فى ابتداء النكاح ، بل أولى ؛ لأن ثمة لم يوجد إلا دليل أصل الموافقة ، وههنا وجد دليل كمال الموافقة بينهما . وهو الميل إليها مع وجود ماهو النهاية فى النفرة . ثم لما حل نكاحها فى الابتداء لتحقيق المقاصد ، فبعد إصابة الزوج الثانى أولى . وهذا المعنى لايوجب التفرقة بين إصابة الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث ، وبين ماقبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمة يكون ورودا ههنا دلالة .

والوجه الثانى : أن الحل بعد إصابة الزوج الثانى ، وطلاقه إياها ، وانقضاء عدتها، حل جديد . والحل الجديد لايزول إلا بثلاث طلقات كما فى ابتداء النكاح . والدليل على أن هذا حل جديد هو أن الحل الأول قدزال حقيقة ؛ لأنه عرض لا يتصور بقاؤه ، إلا أنه إذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم بتجدد أمثاله ، فيكون كشىء واحد ، فكان زائلا حقيقة ، وتقديرا ، فكان الثانى حلا جديدا . والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث تطليقات كما فى ابتداء النكاح .

دليـل محمد ومن معه

احتج محمد وزفر لرأيهما القائل: إن الزوج الثانى لا يهدم الطلقة ولا الطلقتين المتبقيتين للزوج الأول بقوله سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون » .

وجه الاستدلال

أظهر النص القرآنى السابق حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى يصيبها الزوج الثانى من غير فصل بين ما إذا تخللت إصابة الزوج الثانى الثلاث ، أو لم يتخللها . وهذه مطلقة الثلاث حقيقة ؛ لأن هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة ، والطلقة الثالثة هى الطلقة التى سبقتها طلقتان، فدخلت تحت النص . ولأن الزوج الثانى جعل فى الشرع منهيا للحرمة ؛ لقوله تعالى : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » «وحتى »كلمة غاية . وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة . والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث ، فلم يكن الزوج الثانى منهيا للحرمة ، فيلحق بالعدم .

مناقشة أبى حنيفة لأدلة محمد وزفر .

لخص صاحب بدائع الصنائع رد أبى حنيفة وأبى يوسف على ما استدل به محمد وزفر فقال . وأما فى قوله سبحانه وتعالى :«فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فهذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة

---

(١) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة

مسبوقة بطلقتين بلا فصل ؛ لأن الفاء للتعقيب بلا فصل . وإصابة الزوج الثانى ههنا حاصلة ، فلا يتناولها . أو تحمل الآية على ما إذا لم يدخل بها الزوج الثانى حتى طلقها ، وتزوجها الأول ، وطلقها واحدة ... توفيقاً بين الدلائل . وأما قوله : بأن الشرع جعل إصابة الزوج الثانى غاية للحرمة فنقول : كون الإصابة غاية للحرمة ، يقتضى انتهاء الحرمة عند عدم الإصابة ، وقد بينا أنه يثبت حل جديد بعد الإصابة[1] .

الترجيح :

رجح الكمال بن الهمام رأى محمد فى أن الزوج الثانى لايهدم مابقى للزوج الأول من طلقات — فقد علق على ماقاله صاحب الهداية مستدلا لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف : « ولهما قوله عليه السلام : « لعن الله المحلل ، والمحلل له ، سماه الرسول ص محللا وهو المثبت للحل . فقال الكمال بن الهمام معلقاً على هذا (. . . وفيه نظر إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل ، وهو حاصل فى المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك فى صورة الحرمة الغليظة ليس منه ، بل باتفاق الحال ، وهو أنه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله . وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر أن القول ما قاله محمد وباقى الأئمة الثلاثة . ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها . وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم : أتريدين أن تعودى إلى رفاعة؟ قالت : نعم ، قال : لا ، حتى تذوقى عسيلته ، فقد غيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهى عدمه ويثبت هو .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٧ ، ١٢٨ — وفتح القدير ج ٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ — والهداية شرح بداية المجتهد فى أعلى فتح القدير ج ٣ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى. وهى ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات. وليس بشىء لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة ، والطلقتين بلا تخلل زوج : أتريدين أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته ، وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثا ، فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال . فالمراد العودة إلى شبهها ، وذلك يصدق بمجرد النكاح والحل ؛ لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه[1] .

صاحب العناية ينتصر لأبى حنيفة :

أما البابرتى فقد استدل بحديث « لعن الله المحلل والمحلل له » حيث سمى الرسول صلى الله عليه وسلم الزوج الثانى محلا . والمحلل هو المثبت للحل . ثم قال : « ثم الحل الذى يثبت به إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديداً ... لا سبيل إلى الأول ؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى . وبالضرورة يكون غير الأول . والأول حل ناقص . وكان الجديد كاملا . وهو ما يكون بالطلقات الثلاث . فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل ، وأن يكون ذلك حلا جديداً ، لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لأمرين : أحدهما ما ذكره المصنف : أن محمله هو شرط التحليل . وذلك لا يكون إلا فى المطلقة ثلاثا . والثانى : أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة . فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله : « وهو محمله » معنيين ؛ أحدهما : ماذكرت ، وليس بمرضى . والثانى أن محمله الكراهة لا الفساد ، وحيث يندفع الأمر الأول فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابتا ، لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثانى على الإطلاق محللا فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ماذكرناه ، فكانت المطلقة

---

(١) راجع فتح القدير والعناية على هامشه والهداية فى الجزء الثالث ص ١٨٠ وما بعدها .

ثلاثا وغيرها سواء . وبه يندفع الأمر الثانى : — هذا وقد علق سعد جلبى على قول العناية ؛ فقال : « قوله : فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محله الخ أقول : وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش فى غير المطلقة ثلاثا، فإنا نقول يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات[1] .

والخلاصة :

ويظهر من أقوال فقهاء الحنفية وبخاصة صاحب الهداية ، وصاحب العناية وغيرهما ترجيح رأى أبى حنيفة وأبى يوسف القائل بأن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث .

المذهب المالكى

الزوج الثانى لا يهدم إلا الثلاث

يؤخذ من الفروع التى ذكرها فقهاء المالكية أن الزوج الثانى لا يهدم ما تبقى من العصمة الأولى فقالوا : لو إن رجلا شك فى كم طلقة صدرت منه على مطلقته : هل طلقها واحدة، أو اثنتين، أو ثلاثا، فلا تحل له إلا بعد زوج آخر . وصدق إن ذكر الذى صدرمنه أقل من الثلاث . ثم إن تزوجها بعد زوج وطلقها طلقة أو اثنتين فكذلك لاتحل له إلا بعد زوج آخر ؛ لأنه إذا طلقها واحدة ، يحتمل أن يكون المشكوك فيه اثنتين وهذه ثالثة . ثم إن تزوجها وطلقها ، لاتحل له إلابعد زوج لاحتمال المشكوك فيه واحدة وهاتان ثنتان محققتان . ثم إن طلقها ثالثة بعد زوج ، لم تحل له إلا بعد زوج لاحتمال كون المشكوك فيه ثلاثا ، وهكذا لغير نهاية إلا أن يثبت طلاقها كأن يقول : أنت طالق ثلاثا . أو إن لم يكن طلاقى عليك ثلاثا

(١) المصدر السابق .

فقد أوقعت عليك تكملة الثلاث، فينقطع الدور، وتحل له بعد زوج، وتسمى هذه المسئلة الدولابية ؛ لدوران الشك فيها — ويقول الدسوقى فى حاشيته خاصا بهذا الموضوع «... فإذا تزوجها وطلقها رابعا فلا تحل له الا بعد زوج؛ لاحتمال أن يكون المشكوك فيه ابتداء اثنين فواحدة مع الأربع تمام العصمة الأولى . والباقى عصمة ثانية قد تمت ...»[1]

المذهب الشافعي

الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

يرى الشافعيه أن الرجل إذا طلق زوجته دون الثلاث ثم عادت إليه تعود بما بقى له من الثلاث أما عودتها إليه بأن راجعها أو تزوجها قبل أن تتزوج بآخر فهذا محل اتفاق الفقهاء إما إذا عادت إليه بعد زواجها بآخر زواجا صحيحا وتذوقها عسليته فقد احتج له الشافعية بأن إصابة الزوج الثانى لها إصابة ليست بشرط فى الإباحة، فلم تؤثر، كوطء السيد أمته المطلقة[2].

قال صاحب المنهاج : ولو طلق الزوج الحر دون ثلاث وراجع، أو جدد ولو بعد نكاح زوج ، عادت ببقية الثلاث[3] .

وقال شيخ الإسلام والمسلمين زكريا الأنصارى الشافعى فى كتابه اسنى المطالب : «ومن تزوج مطلقته قبل استكمال الثلاث ولو بعد زوج آخر عادت إليه بما بقى منها . دخل بها الزوج أم لا ؛ لأن ما وقع من الطلاق لم يحوج إلى زوج آخر فالنكاح الثانى والدخول فيه لا يهدمانه كوطء السيد أمته المطلقة . أما بعد استكمالها فتعود إليه بالثلاث ؛ لأن

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٠٣ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٩٣ .

(٣) اسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص ٢٨٦ .

دخول الثانى بها أفاد حلها للأول ، ولا يمكن بناء العقد الثانى على الأول لاستغراقه فكان نكاحا مفتتحا بأحكامه . »

دليل آخر للشافعية

وقد استدل الشافعية على أن الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث بقوله تعالى : « الطلاق مرتان » إلى قوله » : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

وجه الاستدلال

قال الشافعيه : إن النص المذكور لم يفرق بين أن تتزوج قبل الثانية ، وبين ألا تتزوج، وإذا تزوجت فقد يدخل بها الزوج وقد لا يدخل، فدخلت هذه الأحوال كلها تحت مقتضى الدليل المذكور[1] .

المذهب الحنبلى

الراجح أن الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

الرأى الراجح عند الحنابلة أنهم — كالمالكية ، والشافعية ، ومحمد ابن الحسن وزفر من الحنفية — يرون أن الزوج الثانى لا يهدم الا الطلاق الثلاث . فإذا طلق الرجل زوجته أقل من الثلاث ، فقضت العدة ، ثم تزوجت غيره ، ثم أصابها، ثم طلقها، أو مات عنها، وقضت العدة ، ثم تزوجها الأول فهى عنده على ما بقى من الثلاث. قال صاحب المغنى[1]: «وهناك رواية أخرى عن أحمد أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ، وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت منه زوجته ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة احوال : أحدها: أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول ، فهذه ترجع إليه على ثلاث بأجماع اهل العلم ، قاله ابن المنذر . والثانى : أن يطلقها

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص ٤٤٤ تصحيح الشيخ خليل هراس وطبع مطبعة الامام بالمنشية

دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة ، او نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع اليه على مابقى من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فعن احمد روايتان : احداهما : ترجع إليه على مابقى من طلاقها . وهذا قول الأكابر من اصحاب رسول الله صلى عليه وسلم : عمر ، وعلى ، ومعاذ ، وعمران ابن حصين، وابى هريرة . وروى ذلك عن زيد، وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة، والحسن، ومالك، وابن ابى ليلى، والشافعى وابو ذر ومحمد بن الحسن، وابن المنذر والرواية الثانية عن احمد انها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر، وابن عباس، وعطاء، والنخعى، وشريح ، وابى حنيفة ، وابى يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثانى مثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . فأولى ان يهدم ما دونها .

دليل الرأى الراجح

قال الحنابلة ان وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول، فلا يغير حكم الطلاق ؛ كوطء السيد . ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى .

رد أدلة المعارضين

ورد الحنابلة أدلة من قال بأن المرأة بعد زواجها بآخر إذا طلقت وعادت للزوج الأول تعود إليه بثلاث طلقات؛ فقالوا: القول بأن وطء الزوج الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتا للحل أصلا ، وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وحتى للغاية . اما تسمية النبى صلى الله عليه وسلم الرجل الذى يتزوج المرأة

— قصد الحيلة فى تحليها لزوجها الأول — محللا فهذا من قبيل التجوز لا الحقيقة بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلا لا يستحق لعنا .

الوجه الثانى : أن الحل إنما يثبت فى محل فيه تحريم . وهى المطلقة ثلاثا وههنا هى حلال له فلا يثبت فيها حل . والقول بأن الزوج الثانى يهدم الطلقات الثلاث وتعود للأول بملك كامل جديد، فمن باب أولى يهدم مادون الثلاث، فالجواب ان الزوج الثانى هو غاية للتحريم الثابت بالطلاق الثلاث وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له[1] .

المذهب الظاهرى

الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

يرى الظاهرية رأى المالكية والشافعية والراجح من مذهب الحنابلة، فهم يقولون بأن الزوج الثانى لا يهدم ما بقى للأول من طلاق دون الثلاث.

دليل الظاهرية

وقد استعرض ابن حزم أقوال الأئمة فى هذا الموضوع ورد على القول المخالف له؛ فقال: لقد نظرنا فيما احتج به أهل هذه المقالة (يقصد ابن حزم رأى أبى حنيفة من أن النكاح الذى يتم بعد زواجها بآخر هو نكاح جديد، وطلاق جديد) فلم نجد لهم أكثر من أن قالوا : إننا لم نختلف فى أن نكاح زوج آخر يهدم الثلاث . ولا شك فى أنه إذا هدمها فإنه قد هدم الواحد من جملتها، والاثنين جملتها، ومن المحال أن يهدمها مجموعة ولا يهدمها متفرقة . قال أبو محمد : فقلنا : لم يهدم قط طلاقا إنما هو التحريم الواقع بتمام الثلاث مفرقة أومجموعة فقط. ولا تحرم بالطلقتين، ولا بالواحدة حتى يهدمه. وقلنا لهم ! أنتم قد حملتم العاقلة نصف عشر الدية فأكثر ، ولم تحملوها أقل من

---

(١) المصدر السابق .

نصف العشر . ولا شك فى أنها إذا حملت نصف العشر فقد حملت فى جملته أقل منه . فقالوا إنما حملناها ما ثقل فقلنا لكم بأن نصف العشر فصاعدا هو الثقل دون أن يكون الثلث هو الثقل أو الكل ، وأيضا فرب جان يعظم عليه ويثقل ربع عشر الدية لقلة ماله وآخر تخف عليه الدية كلها لكثرة ماله . ثم السؤال باق عليكم إذا حملتموها ما ثقل فالأولى أن تحملوها ما خف ، وكل هذا لا معنى له . إنما الحجة فى ذلك قول الله تعالى : « فإن طلقها » يعنى فى الثالثة (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلا يجوز تعدى حدود الله تعالى . والقياس كله باطل(١) .

الشيعة الإمامية

للشيعة الإماميه قولان فى مسألة هدم الزوج الثانى ماتبقى للأول من طلاق ـ هما :

أولا : الرأى الراجح

إن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث من طلقات كما يهدم الثلاث . وهذا موافق لراى أبى حنيفة وأبى يوسف .

الرأى الثانى

إن الزوج الثانى لايهدم مادون الثلاث؛ قال صاحب المختصر النافع(٢): « المقصد الثانى : فى المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء فى القبل بالعقد الصحيح القديم . وهل يهدم مادون الثلاث ؟ فيه روايتان اشهرهما أنه يهدم » .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مسألة رقم ١٩٨٥ .

(١) المختصر النافع للحلى ص ١٩٩ .

تفويض الطلاق

جعل الشارع الطلاق بيد الرجل فهو حق من حقوقه ، وله أن يستعمله بنفسه أو يعهد إلى آخر به. وذلك بطريق التوكيل، أو التفويض؛ فالتوكيل فى الطلاق ان ينيب الزوج غيره فى تطليق امرأته ، بأن يقول له : وكلتك أن تطلق امرأتى .

أما التفويض فهو تمليك الزوج غيره تطليق امرأته ، سواء أكان الغير هو الزوجة نفسها بأن يملكها تطليق نفسها ، أو أى أحد غيرها . وتفصيل هذا الموضوع عند الفقهاء فيما يلى : —

المذهب الحنفى

مباشرة الطلاق

قال الكاسانى : « ويستوى فيما ذكرنا من الصريح، والكناية ، والرجعى، والبائن ، أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه ، بطريق الأصالة ، أو بغيره بإذنه ، أو أمره ، وذلك نوعان : توكيل ، وتفويض . أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته : أمرك بيدك ، وقوله : اختارى ، وقوله : أنت طالق إن شئت ، وما يجرى مجراه . وقوله : طلقى نفسك[1] » .

الفرق بين التوكيل والتفويض

ويفرق الحنفية بين التوكيل والتفويض من وجوه ؛ منها :

(١) أن الوكيل يعمل بمشيئة غيره — وهو الموكل — وعلى حسب هذه المشيئة والمفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب ما يختار . ولهذا فالوكيل مكلف أن يفعل ما وكل به ، وليس له خيار فى أن يفعل ، وألا يفعل ، بعد

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ وفتح القدير ج ٣ ص ١١٤ ، ١١٥ .

قبوله الوكالة ، إلا أن يعزل نفسه منها . فإذا كان وكيلا فى الطلاق فلا يكون ممتثلا إلا إذا طلق .

أما المفوض فانه يملك بالتفويض مافوض فيه؛ فيرجع ذلك إلى مشيئته. وله الخيار ؛ إن شاء فعله ، وإن شاء لم يفعله ؛ فاذا فوض إليه الطلاق فهو إلى مشيئته ، وليس محتما عليه أن يطلق . وقال فقهاء الحنفية : لو أن الرجل قال لزوجته: أمرك بيدك إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أومتى شئت ، أو حينما شئت ، فلها الخيار فى المجلس وغير المجلس ، ولا يتقيد بالمجلس . حتى لو ردت الأمر لم يكن ردا ، ولو قامت من مجلسها وأخذت فى عمل آخر فلها أن تطلق نفسها[1] .

وعلل الحنفية بعدم إلزام المفوض له بالطلاق بأن يطلق فقالوا : «وأما من جانب المرأة فانه غير لازم ؛ لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها فى التطليق ، وبين اختيارها زوجها ، والتخيير ينافى اللزوم .

(٢) التوكيل لابد فيه من قبول الوكيل . أما التفويض فلا يتوقف على القبول ، بل يتم بمجرد عبارة الأصيل ، وهو الزوج فى حالة التفويض بالطلاق[2] .

(٣) أن من وكل غيره بتطليق امرأته يستطيع الرجوع فى ذلك التوكيل ويلغيه، هذا مادام الوكيل لم ينفذ ما كلف به . أما من فوض إلى غيره تطليق امرأته ، أو فوض إليها تطليق نفسها، فلا يستطيع الرجوع عن تفويضه؛ لأن تفويض الطلاق فى معنى انشاء طلاق معلق على ارادة المفوض ، واختياره ، وتعليق الطلاق كتنجيزه ، لا يمكن الرجوع فيه .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٢ .
(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ ، ١٢٣ .

تعليل الحنفية لذلك

قال صاحب البدائع فى بيان تفويض المرأة فى تطليق نفسها – بقوله لها: أمرك بيدك –: «وأما بيان صفته فهو أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه . ولا نهى المرأة عما جعل إليها ، ولا فسخ ذلك ؛ لأنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك ، فلا يملك إبطاله بالرجوع ، والنهى ، والفسخ ، بخلاف البيع ، فان الإيجاب من البائع ليس بتمليك ، بل هو أحد ركنى البيع فاحتمل الرجوع عنه . ولأن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد إيجابه ؛ بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه . فيحتمل الفسخ ، والرجوع ، بعد إيجابه أيضاً ، ولأن هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق ، فلا يحتمل الرجوع عنه . والفسخ كسائر التعليقات المطلقة ، بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق رأساً» .

وقال الحنفية : إن الرجل الذى جعل لامرأته الحق فى تطليق نفسها لو قام من مجلس التفويض لا يبطل قيامه ماحدث منه من تفويض . وعللوا لذلك بقولهم : إن منتهى ما يقال فى قيامه أنه دليل الإبطال ؛ باعتباره دليل الإعراض . فاذا كان التفويض لم يبطل بصريح إبطاله فكيف يبطل بدليل الإبطال[1] ؟

(٣) التوكيل لا يتقيد بالمجلس ، فيصح للوكيل بالطلاق أن يطلق فى مجلس التوكيل وبعده . أما التفويض فهو مقيد بالمجلس إلا أن يعين للتفويض وقتا أوسع أو يكون عاما فى جميع الأوقات . فاذا فوض الزوج إلى زوجته طلاقها ، أو فوض إلى شخص آخر تطليقها فقامت الزوجة ، أو قام ذلك الشخص، من المجلس قبل التطليق، فانه يبطل التفويض إلا إذا كان التفويض عاما فى جميع الأوقات ، أو عين له وقتا أوسع .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ ، ١٢٣ .

أقسام التفويض

ينقسم تفويض الطلاق إلى الغير إلى أقسام مختلفة باعتبارت متعددة . وبيانها فيما يلى :

أولا التفويض باعتبار صيغته

ينقسم تفويض الطلاق باعتبار صيغته إلى صريح ، وكناية .

الصريح

فالتفويض مثل أن يقول الزوج لزوجته : طلقى نفسك ، أو اختارى نفسك .

حكمه : والتفويض الصريح لا يحتاج الى نية ، ولا دلالة حال ، لأنه لا يحتمل معنى آخر غير تفويض الطلاق .

الكناية

أما الكناية فكأن يقول الرجل لزوجته : اختارى ، دون أن يذكر مع الكلمة لفظ : نفسك ، . ومثل أن يقول لها : أمرك بيدك ، فان هذا القول يحتمل التفويض ، فلا بد فيه من النية أو القرينة فاذا قال الرجل لامرأته : ، أمرك بيدك ، ونوى بذلك الطلاق ، أو كان الحال حينما قال لها ذلك حال غضب وخصومة بينهما ، أو حال مذاكرة الطلاق ، وعلمت المرأة بتفويض زوجها لها فى أن تطلق نفسها بأن كانت حاضرة وسمعت قوله ، أو غائبة وعلمت بهذا التفويض غير مقيد بزمن فطلقت نفسها وقع الطلاق . وكذلك يقع الطلاق إن كان التفويض مقيداً بوقت وعلمت فى شىء من الوقت . أما إذا علمت بعد مضى الوقت كله فلا يصير الأمر بيدها بهذا التفويض ؛ لأن التفويض المؤقت بوقت ينتهى عند

انهاء الوقت، فلو صار الأمر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه. وهذا[1] لا يجوز .

أما اشتراط نية الزوج الطلاق بقوله لزوجته : « أمرك بيدك » وأمثاله فلأن هذه العبارة من كنايات الطلاق، فلا يصح التفويض فى هذه الحالة إلا بنية الطلاق ؛ لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بنفسه بهذا اللفظ من غير نية الطلاق ، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق . ولهذا لو قال الزوج : ما أردت بهذا القول تفويض الطلاق لها يصدق ، ولا يصير الأمر بيدها ، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ، إلا إذا كان الحال حال الغضب ، والخصومة ، أو حال مذاكرة الطلاق، فلا يصدق فى القضاء؛ لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهرا ، فلا يصدق فى العدول عن الظاهر . فإن ادعت المرأة أنه أراد به الطلاق ، أو ادعت أن ذلك كان فى حال الغضب ، أو فى حال ذكر الطلاق، وهو ينكر؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنها تدعى عليه الطلاق ، وهو ينكر .

البينة على حالة التفويض

فإن أقامت البينة أن ذلك كان فى حال الغضب ، أو ذكر الطلاق قبلت بينتها ؛ لأن حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ، ويتعلق علمهم بها ، فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل[2] .

البينة على نيته الطلاق

لكنها لو أقامت البينة على أنه نوى الطلاق، لا تقبل بينتها، لأنه لا وقوف للشهود على النية ؛ لأنه أمر فى القلب ، فكانت هذه شهادة ، لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل .

(١ ، ٢) المصدر السابق .

ثانيا - التفويض المشروط

كذلك ينقسم التفويض باعتبار مورده . إلى ما يكون مشروطا حالة العقد ، وما يكون بعده .

فالأول : أن تقول المرأة للرجل : زوجتك نفسى على أن يكون أمر الطلاق بيدى ، اطلق نفسى متى شئت ، فيقول لها الرجل : قبلت زواجك على ذلك ؛ فمع أن التفويض صدر فى حالة العقد لكن الايجاب قد صدر أولا من المرأة مع اشتراطها أن تملك طلاق نفسها . وهذا التمليك لا يحصل إلا بعبارة القبول من الرجل فيكون تمليك الطلاق بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول .

أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مع اشتراط التفويض بأن قال لها زوجينى نفسك على أن يكون أمر طلاقك بيدك فقالت المرأة قبلت زواجى منك على ذلك الشرط فإن العقد يصح ويبطل شرط التفويض ؛ لأن الزوج فى هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج ، فلا يصح هذا التمليك ؛ لأنه لم يكن يملك طلاقها حينئذ فكيف يستطيع تمليكها إياه .

الثانى : أن يفوض إليها أمر طلاقها بعد تمام العقد بناء على طلبها أو من غير طلبها .

ثالثا : التفويض المطلق والمقيد

وينقسم التفويض أيضا باعتبار زمنه ثلاثة أقسام : مطلق عن التقييد بزمن ، ومقيد بزمن خاص ، وعام فى جميع الازمان . ولكل حالة من الحالات السابقة حكمها الخاص بها .

المطلق عن الزمن

التفويض المطلق عن الزمن كأن يقول الزوج لزوجته : « أمرك بيدك » أو « طلق نفسك » ، ولا يزيد على ذلك .

حكمه : وحكم هذا النوع من التفويض أن المرأة تملك به تطليق نفسها مادامت فى المجلس لم تبرح عنه ، ولم تأخذ فى عمل يدل الانصراف إليه على الإعراض عن موضوع التفويض. فإذا قامت من المجلس ، أو انصرفت إلى عمل آخر، وهى فى المجلس ، قبل أن تطلق نفسها ، فقد بطل التفويض ، ولا تملك بعد ذلك الطلاق .

والحكم كذلك إذا كان تفويض طـــلاقها إلى شخص آخر ؛ فإن التفويض يتقيد بمحله .

قال الكاسانى : جعل الأمر باليد لايخلو إما أن يكون منجزا ، وإما أن يكون معلقا بشرط ، وإما أن يكون مضافا إلى وقت . والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقا، وإما أن يكون مؤقتا، فإن كان مطلقا بأن قال : أمرك بيدك، فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس،وهو مجلس علمها بالتفويض، فما دامت فى مجلسها فالأمر بيدها ؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها ؛ لأنه جعل أمرها فى الطلاق بيدها، تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف شاءت ، بمشيئة الإيثار . وهذا معنى قول المالكية: وهو التصرف عن مشيئة الإيثار . والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره ، فصارت مالكة للطلاق ، بتمليك الزوج . وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب ، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه فى المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس ، كما فى قبول البيع وغيره . وسواء قصر المجلس ، أو طال ؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ؛ لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل ، والتفكر ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأحوال ، والأوقات . ولا ضابط له إلا المجلس ؛ فقدر بالمجلس . ولهذا جعله الصحابة رضى الله عنهم للمخيرة فيبقى الأمر فى يدها مابقى المجلس . فإن قامت عن مجلسها بطل ؛ لأن الزوج يطلب جواب التمليك فى المجلس والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتمليك

دلالة ؛ ولأن المالك لما طلب الجواب فى المجلس ، لا يملك الجواب فى غير المجلس ؛ لأنه ماملكها فى غيره . وقد اختلف المجلس بالقيام ، فلم يكن فى بقاء الأمر فائدة فيبطل . وكذلك إذا وجد منها قول ، أو فعل ، يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل ، أو أمرت وكيلها بشىء ، أو خاطبت إنسانا ببيع أو شراء ،أو كانت قائمة فركبت ، أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى ، أو واقفة فسارت، أو امتشطت ، أو اغتسلت ، أومكنت زوجها حتى وطئها ، أو اشتغلت بالنوم ؛ لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب[1] .

التفويض العام والمقيد بزمن

التفويض إما مقيد بزمن خاص ، أو يكون عاما فى جميع الأزمان .

ا — المقيد بزمن خاص

والمقيد بزمن خاص كأن يقول الزوج للمرأة : « أمرك بيدك مدة شهر » أو « سنة » .

حكمه : تملك به المرأة تطليق نفسها فى هذه المدة المعينة ، وينتهى التفويض بانتهائها .

ب — العام فى جميع الأزمان

والعام فى جميع الأزمان كأن يقول لها: « أمرك بيدك دائما » أو « طلقى نفسك متى شئت » .

حكمه : وحكمه أن المرأة بهذا التفويض تملك تطليق نفسها فى أى وقت تشاء مرة واحدة ، ولا تملك الزيادة عليها إلا إذا كان فى عبارة التفويض مايدل على التكرار ؛ مثل أن يقول لها : « طلقى نفسك كلما شئت » ، فإنها

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٣ ص١١٣ ، ١١٤ ، ١١٦ ، ١١٧ .

فى هذه الحالة تستطيع أن تطلق نفسها عدة مرات بحيث لا تزيد فى كل مرة على طلقة واحدة .

تطليقها نفسها ثلاثا

لكنها فى حالة التفويض بعبارة تدل على التكرار — «طلق نفسك كلما شئت» — لو طلقت نفسها ثلاث طلقات فى ثلاث مرات، ثم تزوجت آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها حينئذ؛ لأنها تعود إليه بملك جديد، وحل جديد، لا يبقى معه أثر للتفويض الذى كان فى الملك الأول . أما إذا طلقت نفسها مرة أو مرتين فتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأول، ففى هذه المسألة خلاف بين أئمة المذهب وضحناه تفصيلا عند الكلام على مسألة هدم الزوج الثانى ما تبقى للزوج الأول من طلاق ثلاث أو دون الثلاث، وقلنا إن أبا حنيفة : وأبا يوسف يريان أن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحلل وملك جديدين كاملين، فتستطيع المفوضة فى الملك الأول أن تطلق نفسها ثلاث مرات أخرى فى الملك الثانى . اما عند محمد فالزوج الثانى لا يهدم ما دون الثلاث، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بما بقى له من الطلقات الأولى لا غير فلا تستطيع المفوضة أن تطلق نفسها إلا بقدر هذا الباقى . وقد أبان ذلك كله الكاسانى فقال : «وأما بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض، فمن صفته أنه غير لازم فى حق المرأة، حتى تملك رده صريحا، أو دلالة؛ لما ذكرنا أن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها، وبين أن تختار زوجها، والتخيير ينافى اللزوم . ومن صفته أنه إذا خرج الامر من يدها لا يعود الأمر إلى يدها بذلك الجعل أبدا . وليس لها أن تختار إلا واحدة ؛ لأن قوله أمرك بيدك لا يقتضى التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضى التكرار بأن قال : أمرك بيدك

(١) جاء فى فتح القدير ج ٣ ص ١٢١ « ... فلو طلقت نفسها واحدة، وانقضت عدتها فتزوجت بآخر، وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد، فإن عنده إنما تملك ثنتين ؛ لما عرف فى مسئلة الهدم .

كلما شئت ، فيصير الأمر بيدها فى ذلك وغيره . ولها أن تطلق نفسها فى كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث ؛ لأن كلمة كلما تقتضى تكرار الأفعال قال الله تعالى : « كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها » ، وقال : « كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله » فيقتضى تكرار التمليك عند تكرار المشيئة ، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها فى كل مجلس إلا تطليقة واحدة ؛ لأنه يصير قائلا لها فى كل مجلس : أمرك بيدك، فإذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك ، ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر فى مجلس آخر عند مشيئة أخرى إلى أن يستوفى ثلاث تطليقات. فإن بانت بثلاث تطليقات، ثم تزوجت بزوج آخر، وعادت الى الزوج الأول، فلا خيار لها ؛ لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج ، والزوج إنما ملكها ماكان يملك بنفسه ، وهو إنما كان يملك بنفسه طلقات ذلك الملك القائم لا طلقات ملك لم يوجد ، فما لا يملك بنفسه كيف يملكه غيره ؛ وإن بانت بواحدة أو اثنتين، ثم تزوجت بزوج آخر؟ ثم عادت، فلها أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى، حتى تستوفى الثلاث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد »[1] .

طلقى نفسك ثلاثا

لو قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك ثلاثا » فطلقت نفسها واحدة فتقع طلقة واحدة ؛ لأن الزوج ملكها الثلاث ، ومالك الثلاث إذا أوقع واحدة تقع، كالزوج . وهذا لأنه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة ؛ لأنها بعض الثلاث ، وبعض المملوك يكون مملوكا .

طلقى نفسك واحدة

أما إذا قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك واحدة » فطلقت نفسها ثلاثا ، لم يقع شىء فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: يقع واحدة .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ١١٦ ، ١١٧ .

وجه قول أبي حنيفة

لأبي حنيفة وجوه من الفقه ... أحدها : أنه لو وقعت الواحدة، إما أن تقع بطريق الأصالة مقصودا ، أو ضمنا ، أو ضرورة وقوع الثلاث . لا سبيل إلى الأول؛ لأنه لم يوجد إيقاع الواحدة بطريق الأصالة ؛ لانعدام لفظ الواحدة ، ووجود لفظ آخر . وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الأصالة؛ لأن ذلك عند قولها: نفسي، وسكوتها عليه، ووقت وقوعها مع الثلاث عند قولها · ثلاثا . ولا وجه للثاني ؛ لأنها لم تملك الثلاث ، فتعذر القول بالوقوع أصلا . بخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة ، لأنه هنا ملكها الثلاث ، فملكت إيقاع الثلاث ، ومالك إيقاع الثلاث يملك إيقاع الواحدة ؛ لأن بعض المملوك مملوك. وهاهنا بخلافه . وبخلاف ما إذا قال لها. طلقي نفسك واحدة . فقالت: طلقت نفسي واحدة، واحدة ، واحدة ؛ لأن ثم أوقعت الواحدة بطريق الأصالة؛ لوجود لفظ الواحدة وقت وقوعها بطريق الأصالة، فوقعت واحدة بطريق الأصالة ثم استقلت بغيرها، وهو غير مملوك لها، فلغا . وبخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك فقالت : « قد أبنت نفسي » : لأن هناك قد أوقعت ما فوض إليها بطريق الأصالة ؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق لغة إلا أنها زادت على القدر المفوض صفة البينونة فلغت ، وبقي أصل الطلاق . والثاني : أن المرأة بقولها : طلقت نفسي ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج إليها فيبطل التفويض ، ويخرج الأمر من يدها كما إذا اشتغلت بأمر آخر أو قامت عن مجلسها . ودلالة أنها أعرضت عما فوض إليها أنه فوض إليها الواحدة ، وهي أتت بالثلاث . والواحدة من الثلاث إن لم تكن غير الثلاث ؛ ولأن الثلاث غير الواحدة ذاتا ، لأن الواحدة منها ، والشيء لا يكون غير نفسه لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا . أما اللفظ ، فإن لفظ الواحدة غير

لفظ الثلاث ، وكذا حكمها غير حكم الثلاث . وأما الوقت ، فإن وقت وقوع الواحدة . غير وقت وقوع الثلاث ؛ لأن الواحدة تقع عند قولها : طلقت نفسى ، والثلاث تقع عند قولها: ثلاثا ، لما ذكرنا فيما تقدم أن العدد وهو الواقع، على معنىً أنه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد . ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا ، وحكما، وقت وقوع الطلاق؛ لصيرورتها مشتغلة بغير ما ملكت ، تاركة المملوك ، والاشتغال بغير المملوك دليل الإعراض عما ملكت، والإعراض عما ملكت يوجب بطلان التمليك، وخروج الأمر عن يدها ، بخلاف ما إذا قال لها : طلقى نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة، لأن هناك ما أعرضت عما فوض إليها ؛ لأنه فوض إليها الثلاث ، وتفويض الثلاث تفويض الواحدة ؛ لأن التفويض تمليك، وتمليك الثلاث تمليك الواحدة ؛ لأنها من أجزاء الثلاث ، وجزء المملوك مملوك ، فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ، ولا تاركة للملوك .. فأما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا . والثالث — أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة ، فلم تأت بما ملكها الزوج ، فلا يقع شيء كما لو قال لها : « طلقى نفسك » فاعتقت عبده . ولا شك أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة ؛ لأنه نص على التوحد ، والتوحد ينبئ عن التفرد فى اللغة ، فكان المفوض إليها طلقة واحدة منفردة عن غيرها . وهى وإن اتت بالواحدة بإتيانها بالثلاث ، فما أتت بالواحدة المنفردة ؛ لأنها أتت بثلاث مجتمعة ، والثلاث المجتمعة لايوجد فيها واحدة منفردة ؛ لما فيه من الاستحالة للتضاد بين الاجتماع والافتراق . فلم تأت بما فوض إليها ، فلا يقع شيء بخلاف ما إذا قال لها : طلقى نفسك ثلاثا، فطلقت نفسها واحدة ، لأن هناك أتت بما فوض إليها، لكنها زادت عن القدر المفوض ؛ لأنه فوض إليها الثلاث مطلقا عن

صفة الاجتماع والافتراق . ألا ترى أنها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة كما لو طلقت نفسها ثلاثا ، مجتمعة كانت ، أو منفردة ، صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها، منفردة كانت، أو مجتمعة. فإذا طلقت نفسها واحدة فقد أتت بالمملوك ضرورة، وهو الجواب عما إذا قال لها: طلق نفسك واحدة فقالت: طلقت نفسي واحدة، واحدة، واحدة، فإنه يقع واحدة ؛ لأنها أتت بالمفوض وزيادة، فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة. وههنا ما أتت بالمفوض إليها أصلا ورأسا فهو الفرق .

وجه قول الصاحبين

أما وجه قول أبي يوسف ومحمد من أن الرجل لو قال لزوجته : طلق نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثا — أنه يقع واحدة، فهو: أن المرأة أتت بما فوض الزوج إليها، وزادت على القدر المفوض، فيقع القدر المفوض — وتلغو الزيادة ، كما لو قال لها : طلق نفسك واحدة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة واحدة، واحدة... أنه يقع واحدة وتلغو الزيادة... كذا هذا وكذا لو قال لها: طلق نفسك واحدة ، فقالت : أبنت نفسي ، تقع واحدة رجعية . وتلغو صفة البينونة ، لما قلنا، فكذا هذا[1] .

خلاصة ما قيل في التفويض

ويمكن إجمال ما تقدم بخصوص تفويض الطلاق للغير فيما يأتي :

(١) أن التفويض تصرف من الزوج يتم بمجرد صدوره منه ، ولا يتوقف على قبول من الزوجة ، أو ممن فوض إليه أمر طلاقها .

(٢) التفويض تصرف لازم للزوج ، لا يملك الرجوع عنه ، ولا نهي الزوجة ، أو غيرها ممن فوض إليه ، عن تنفيذ مقتضاه ؛ لأن

---

(١) راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٢٣ — ١٢٥ وفتح القدير ج ٣ من ص ١١٤ — ١٣٣ .

التفويض بمثابة إنشاء اطلاق معلق على إرادة المفوض إليه ؛ وإنشاء الطلاق لايمكن الرجوع فيه . وهذا بخلاف الإيجاب فى البيع ونحوه من كل عقد لايفيد حكمه إلا بعد تمامه بالإيجاب، والقبول؛فإن الموجب فى هذه العقود يملك الرجوع عن إيجابه قبل ورود القبول عليه .

(٣) ولأن التفويض لازم من قبل الزوج فلا يؤثر فى صحة التفويض ولزومه قيام الزوج من المجلس بعد التفويض ، وقبل تنفيذ مقتضاه ؛ فالتفويض لا يتقيد بمجلس الزوج ، وإنما يكون مرتبطا بمجلس الزوجة ، أو من فوض إليه غيرها . فما دامت فى المجلس لم تبرح عنه ولم يكن منها قول أو فعل يدل على الإعراض عن موضوع التفويض فإنه يكون لها أمر نفسها .

(٤) التفويض غير لازم بالنظر إلى الزوجة ومن فوض إليه طلاقها، فلكل منهما أن ينفذ مقتضاه وألا ينفذه، فللمرأة المفوض لها تطليق نفسها أن ترد هذا التفويض صريحا أو دلالة؛ لأن التفويض جعل الأمر بيدها فى اختيار نفسها أوأن تختار زوجها . والتخيير ينافى اللزوم .

(٥) للزوج الذى فوض زوجته فى تطليق نفسها ، أو أناب غيره عنه فى تطليقها حق استعمال حقه الأصلى فى الطلاق؛ لأن ذلك من أحكام الزواج وهو وإن ملك المفوض له حق التطليق فهو تمليك لا تزول معه زوجية المفوض فيبقى حقه الأصلى فى الطلاق .

(٦) ملكية المفوض له حق التطليق مقيدة بما وردت به عبارة التفويض من تعميم أو تخصيص ، أو إطلاق أو تقييد فى وقت الطلاق ، وعدده ، ومراته ، وكيفيته... من رجعى ، أو بائن .

فإن عبر فى التفويض بما يفيد عموم الأوقات يثبت للمفوض إليه ملك التطليق فى أى وقت شاء . وإن عبر بما يفيد عموم الافعال ـ مثل كلما ـ ثبت له ملك التطليق مرة بعد مرة حسب ماوضحناه سابقا . وإن خصص بوقت معين ثبت له

ملك التطليق فى ذلك الوقت . وان أطلق عن التخصيص والتعميم ثبت له ملك الطلاق مقتصرا على مجلسه . فان كان التفويض شفويا اقتصر على مجلس وقت التفويض ، وان لم يكن شفويا اقتصر على مجلس علمه به . ويكون الطلاق رجعياً ، أو بائناً ، واحدا أو أكثر ، فى مرة واحدة أو مرات ، على حسب ما يرد فى عبارة الزوج .

المذهب المالكى

تفويض الطلاق

قسم فقهاء المالكية الاستنابة على الطلاق إلى أربعة أقسام هى :

توكيل ، وإرسال ، وتمليك ، وتخيير . وبيان هذه الأقسام فيما يلى :

التوكيل

التوكيل على الطلاق : هو جعل الزوج إنشاء الطلاق بيد آخر نيابة عنه.

حكمه.

للوكيل حق إنشاء الطلاق نيابة عن موكله (الزوج). وللزوج منع الوكيل من الإتيان بما وكل به وعزله. وذلك إذا كان الوكيل لم يأت بما وكل به، وهو الطلاق ، إلا إذا كان الوكيل الذى فوض له إنشاء الطلاق هو الزوجة وقد تعلق لها حق بإيقاعه ، فلا يملك الزوج عزلها فى هذه الحالة قبل تصرفها منعا للضرر عنها . فمن قال لزوجته : أن تزوجت عليك فقد وكلتك على طلاقك، أو طلاق التى أتزوجها عليك ، ثم تزوج عليها، فليس له عزلها : لتعلق حقها برفع ضرر الضرة عنها .

الرسالة : هى جعل الزوج إعلام زوجته بثبوت تطليقها لغيره .

التخيير

أما التخيير فقد حده المالكية بأنه : جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثا

نصا ، أو حكما ، حقا لغيره . ومن صيغه اختارى ، أو اختارى نفسك ، واختارى أمرك. وكذلك كل لفظ يدل على أن الزوج فوض لزوجته البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها ، فهذا كله من قبيل التخيير . وروى أن من صيغ التخيير كذلك : «طلقى نفسك ثلاثا» .

التمليك

أما التمليك فهو جعل الزوج انشاء الطلاق حقا لغيره، راجحا فى الثلاث، يخص بما دونها بنيته . ومن صيغه : أمرك بيدك ، أو طلاقك بيدك . وكذا كل لفظ يدل على جعل الطلاق بيد الزوجة دون تخيير ، كطلقى نفسك ، وملكتك أمرك ، ووليتك أمرك ؛ قال الدسوقى فى حاشيته : « والحاصل أن كل لفظ دل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها، فهو تخيير. وكل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها، أو بيد غيرها، دون تخيير ، فهو صيغة تمليك[1] » .

وقال صاحب منح الجليل : « الفرق بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل على سبيل النيابة عن موكله ، والمملك والمخير يفعلان عن نفسهما لملكهما ما كان الزوج يملكه . والفرق بين التخيير والتمليك ، قيل : عرفى لا دخل للغة فيه . فقولهم فى المشهور : يناكر الزوج المملكة ، لا المخيرة، مبنى على عرف فينعكس الحكم بانعكاسه . وقيل : للغة فيه مدخل ؛ لأن التمليك إعطاء مالم يكن حاصلا . فالأصل بقاء ملك الزوج العصمة فلا يلزمه إلا ما اعترف بإعطائه. والتخيير لغة جعل الخيار بين شيئين للمخير(بالفتح) فمعنى تخيير الزوجة أنه خيرها بين بقائها على عصمته ، وذهابها عنها . وهذا إنما يكون فى المدخول بها بالطلاق الثلاث ، الذى لا يبقى للزوج عليها حكما. أفاده ابن عبد السلام ، والموضح . وقال القرافى. بعد ذكر اتفاق أبى حنيفة

---

(١) حاشية الدسوق على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٠٦ .

والشافعي وأحمد رضى الله عنهم على أن التخيير كناية لا يلزم به شىء إلا بنيته ، لاحتماله التخيير فى الطلاق وغيره . وإن أراد الطلاق احتمل الواحدة وغيرها . والأصل بقاء العصمة ـ مانصه : والصحيح الذى ظهر أن قول الأئمة الثلاثة هو مقتضى اللفظ لغة لامرية فى ذلك. وأن مالكا رضى الله عنه أفتى بالثلاث على عادة كانت فى زمانه أوجبت نقل اللفظ عن مسماه اللغوى إلى هذا المفهوم، فصار صريحا فيه. وهذا هو الذى يتجه. وهو سر الفرق بين التخيير والتمليك، غير أنه يلزم عليه بطلان هذا الحكم اليوم ووجوب الرجوع إلى اللغة ويكون كناية محضة . كما قال الأئمة الثلاثة لتغير العرف . والقاعدة ، أن اللفظ متى كان الحكم فيه مبنيا على نقل عادى بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة و تغير إلى حكم آخر، إن شهدت له عادة أخرى. هذا هو الفقه اهـ[1] .

وقال ابن شاس : « الفصل الثالث فى تفويض الطلاق إلى الزوجة : وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها، وذلك على وجهين : توكيل ، وتمليك . ففى التوكيل له أن يرجع مالم تطلق نفسها . وفى التمليك ليس له ذلك[2] .

وفى مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : « لما كان إيقاع الطلاق ينقسم إلى قسمين إما بمباشرة الزوج ، أو بتفويضه لغيره فى إيقاعه . ولما فرغ المصنف من الكلام على القسم الأول أتبعه بالكلام على الثانى ، أعنى التفويض . وهو على ثلاثة أقسام : توكيل ، وتمليك ، وتخيير ، لأن التفويض رد الأمر إلى الغير . يقال فوض الأمر إليه إذا رده إليه. والفرق بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمن وكله ، والمملك ، والمخير إنما يفعلان ذلك عن نفسهما ؛ لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج . وأما الفرق بين التخيير ، والتمليك .

فقيل : أمر عرفى لا مشاركة للغة فيه ؛ فقولهم فى المشهور ـ كما سيأتى ـ

---

(١) منح الجليل على مختصر خليل ج ٢ ص ٢٨٤ للعلامة الشيخ محمد عليش .

(٢) التاج والإكليل على مختصر خليل للمواق ج٤ ص٩١ .

أن للزوج أن يناكر المملكة دون المخـــيرة ، إنما هو أمر مستفاد من العرف . . . [1] » .

تعليق

ذكر صاحب مواهب الجليل اعتراضا على تقسيم النيابة فى الطلاق إلى أربعة أقسام حيث جعلت الرسالة داخلة فى النيابة فى الطلاق ثم رد على الاعتراض ؛ فقال : وفى جعله الرسالة داخلة فى النيابة فى الطلاق نظر ؛ لأنه ليس فيها إلا النيابة فى التبليغ لا فى إيقاع الطلاق ، إلا أن يريد بقوله: النيابة فيه ، ما هو أعم من النيابة فى إيقاعه أو تبليغه[2] .

لا يملك الزوج الرجوع عن التخيير أو التمليك

قال ابن رشد: إن مذهب مالك إن الرجل إذا ملك أمرأته أمرها، أو خيرها، فليس له أن يرجع عن ذلك ، وحيل بينهما ، حتى تجيب، فإما أن تختار البقاء مع زوجها ، أو تختار نفسها ، بمعنى أن تطلق نفسها .

التفويض المقيد

التفويض إما مطلق عن الزمن وعن العدد كقول الرجل لزوجته : طلق نفسك متى شئت، وإما مقيد بزمن، أو بعدد، أو بمكان، فمثال المقيد بزمن: كأن يقول لها : ملكتك طلاقك إلى شهر مثلا . والمقيد بعدد كأن يقول لها : طلق نفسك واحدة ، أو طلق نفسك ثلاثا .

حق الرجل فى الرجوع عن التفويض

أولا — التوكيل

قال ابن شاس : إن للرجل أن يرجع فى توكيله للغير بتطليق امرأته ، سواء كان الغير أجنبياً أو الزوجة. واستثنى من هذه الحالة ما إذا كان الوكيل

(١ ، ٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٩١ ، ٩٢ .

قد أوقع الطلاق قبل رجوع الموكل فإنه يقع الطلاق ، وحالة ما إذا كان الوكيل هو الزوجة وتعلق بالتوكيل حق لها ، أو تكون قد طلقت نفسها ، فإن الزوج لا يمكنه الرجوع .

ثانياً — التخيير والتمليك

قال ابن رشد : مذهب مالك أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها ، أو خيرها ، فليس له أن يرجع عن ذلك ، وحيل بينهما حتى تجيب — ووقفت إن كان التفويض مقيدا بزمن ، ويتدخل الحاكم فى هذه الحالة ، ويأمر الزوجة إما أن تجيب فورا باختيارها الطلاق وايقاعه ، أو باختيارها البقاء مع زوجها ، وردها ما ملكها وخيرها من الطلاق ، واما أن يسقط الحاكم حقها فيما ملكته من تطليق نفسها بمقتضى التخيير ، أو التمليك ؛ حتى لا تبقى الزوجية فى عصمة مشكوك فيها . قال ابن يونس : إن ملكها إلى أجل فلها أن تقضى مكانها ، قال مالك : وان قال لها : « أمرك بيدك الى سنة » فإنها توقف ، متى علم بذلك — أى الحاكم — ولا تترك تحته (أى الزوج) وأمرها بيدها حتى توقف فتقضى أو ترد — أى تقضى بطلاقها من زوجها أو ترد ملكها وخيرها — وزاد ابن الحاجب فقال : أو يسقطه الحاكم — ومن المدونة أيضاً — : وإن قال لها : « إذا جاء غد فقد خيرتك » وقفت الآن فتقضى أو ترد . وان وطئها قبل غد فلا شىء بيدها .

التفويض المشروط

قد يكون التفويض مشروطاً للمرأة فى أصل العقد . فنى المدونة إن شرط لها فى عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها ، فتزوج ، فقضت بالثلاث فلا مناكرة له ... بنى بها أو لم يبن[1] .

---

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٩٥ . ومنح الجليل جـ ٣ ص ٣ وحاشية الدسوق جـ٣ص ٤٠٨ وما بعدها .

حق الزوجة فيما فوضت فيه

قال المالكية : المملكة ، والمخيرة، إذا أجابت بجواب صريح فى الطلاق فإنه يعمل به . قال فى المتيطية : فإذا لفظ بالتمليك فلا تخلو المملكة من أن تجيب الطلاق فى واحدة ، أو فى البتات ، أو بلفظ يدل عليه ، أو بجواب يحتمل أن يريد به بعض الطلاق ، أو كله ، أو شيئاً غيره ، أو تسكت عنه . فأما إجابتها بصريح الطلاق الثلاث ، أو بلفظ يدل عليه مثل : أن تقول : قبلت نفسى ، أو اخترتها ، أو أبنتها ، أو حرمتها ، فينفذ عليه فإن سكت ، أو أنكره ولم يدع نية . ولا تحل له أبدا ، إلا بعد زوج ، ولا يلتفت إلى قولها أنها أرادت به واحدة. وأما إجابتها بلفظ يشكل فلا يدرى أرادت به الطلاق كله ، أو بعضه ، أو لم ترد به شيئاً فانها تسأل. وكذلك إن قالت ،وهى غير مدخول بها : خليت سبيلك.فإنها تسأل. كم أردت؟

حقها فى الصداق إذا طلقت نفسها

وقال فى المتيطية : إذا وقع طلاق المملكة قبل الدخول فلها النصف من صداقها بخلاف المعتقة تختار نفسها قبل البناء تلك لاصداق . والتخيير مثله .

حكم الطلاق بالتمليك

الطلاق بالتمليك إذا كان بعد البناء رجعى ، إلا أن يملكها الطلاق على مال فيكون بائناً كالخلع.وفى الشامل فى ذلك قولان. ونص فى أول التخيير، من المدونة على أن له الرجعة[1] .

حق المفوضة فى الرد

وقال المالكية إن للملكة،والمخيرة ،رد ما جعل لها من التمليك، والتخيير، صريحاً أو ضمناً ؛ فمن الرد الصريح أن تقول لزوجها : رددت إليك ماجعلته

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٢ — والتاج والأكليل على هامشه ، ذات الجزء والصفحة .

لى ، أو لا أقبل ماجعلته لى - واعتبر المالكية أنه من قبيل رد التفويض أن تمكن الزوجة زوجها من وطئها طائعة . فلو لم تكن طائعة كانت على خيارها . وكذلك إذا كانت غير عالمة بالتفويض . فان ادعى على المملكة العلم فالقول قولها . وإن أعلمها بالتفويض فأمكنته من وطئها وادعت الجهل لم تعذر . فان اختلفا فى الإصابة، فهو يدعيها، وهى تنكرها، فالقول قولها مع يمينها[1] .

مقدمات الوطء تسقط حق الزوجة

قال الحطاب : وفهم من التوضيح أنها إذا أمكنته من مقدمات الوطء سقط خيارها . وهو كذلك . قال اللخمى: قال أصبغ: وان رضيت بالخلوة ، وإرخاء الستور ، أو غلق الباب، مما يمكن فيه الوطء ، فقد سقط مابيدها إذا زعم أنه أصاب، وإن قبلها وقالت: أكرهنى ، أو اغتفلنى . وقال : أطاعت . كان القول قولها مع يمينها، بخلاف الوطء، فانه لا يكون الا على هيئة وصفة . وهذا كالحضرة يكون عن غفلة[2] .

خير زوجته أو ملكها ثم أبانها ثم تزوجها ثانياً

ولو خير الرجل زوجته ، أو ملكها الطلاق، ثم طلقها بائنا . ثم تزوجها ثانياً ، يسقط ما بيدها من خيار أو تمليك ؛ لأن مضمون التزويج الرضا بالإصابة (الوطء) وبه يستحق الصداق . والرضا بذلك يسقط مابيدها . اذ لو رضيت بالإصابة قبل الطلاق لسقط ما بيدها وان لم يصب[3] .

يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقته

كما يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقته . هذا إذا لم يسقطه الحاكم ؛ ففى المدونة : إن قال : « اختارى اليوم كله » فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها ؛

(١، ٢، ٣) المصدر السابق .

لقول مالك : إن خيرها فلم تختر حتى افترقا من مجلسهما فلا خيار لها ، فكذا ان مضى الوقت الذى جعل الخيار اليه[1] .

جواب المرأة الصريح يعمل به

قال ابن الحاجب : الصريح يعمل به فى رد التمليك قال فى المدونة : وطؤه إياها طوعا يزيل ما بيدها ، وإن ملك أمرها أجنبيا فخلى بينه ، وبينها . وأمكنه منها، زال ما بيده .

فعلها ما يشبه الجواب

وإن فعلت المرأة ما يشبه الجواب ؛ مثل أن تنتقل ، أو تنقل متاعها ، سئلت فإن قالت : لم أرد طلاقا صدقت .

الجواب غير الصريح فى الطلاق

وإن قالت المرأة : قد قبلت ، أو قالت : قبلت أمرى أو قد قال لها اختارى فقلت : اخترت ، أو اخترت أمرى . سئلت عن مرادها بهذا القول . فإن قالت:أردت به الطلاق، صدقت. وان قالت. أردت به طلاقا دون البتات ، لم يلزم . ولو قالت: أردت به طلاقا باتا، لزم، ولامناكرة له. لأن المذكور يحتمل الطلاق وعدمه ، فوجب سؤالها عن ارادتها بذلك .

مناكرة الرجل فيما أرادته الزوجة

أولا — سوى المالكية فى المرأة التى لم يبن بها الزوج ، بين المخيرة وبين المملكة حق تطليق نفسها ، من حيث اثبات الحق للزوج فى أن يناكرها اذا اختارت أو طلقت نفسها ثلاثا، فإذا ادعى الزوج أنه حينما خيرها ، أوملكها طلاقها : أنه لم يرد إلا طلقة واحدة، صدق؛ لأن الطلقة الواحدة تبينها ، ففى المدونة : وإن خيرها قبل البناء، فقالت: قداخترت نفسى ، أو طلقت نفسى ثلاثا ،

(١) راجع الحطاب جـ٤ ص ٩٢ ، والتاج لاكليل على هامشة ذات الجزء والصفحة .

أو قالت : قد خليت سبيلى ،تريد بذلك الثلاثة، فله أن يناكرها . فإن لم يرد بذلك إلا واحدة ، صدق ؛ لأن الواحدة تبينها ، والخيار والتمليك فيها سواء[1] .

ثانيا — إن لم تزد المخيره ، أو المملكه التى لم يبن بها عن طلقة واحدة ، فليس للزوج حق مناكرتها .

ثالثا — المملكه التى دخل بها ، والتى لم يدخل بها، سواء فى أن للرجل حق مناكرتها ان طلقت نفسها أكثر من واحدة. أما المخيرة التى دخل بها فإذا اختارت ثلاثا فهى ثلاث. وليس للزوج حق مناكرتها . قال ابن رشد : ذهب مالك إلى أن التمليك يفترق عن التخيير ، فأخذ فى التمليك بقول عبدالله ابن عمر: إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ماقضت، إلا أن ينكر عليها، فيقول: لم أرد إلا واحدة، فيحلف على ذلك،ويكون أملك بها،مادامت فى عدتها . فإذا قال : أمرك بيدك فقد جعل بيدها ما كان بيده من طلاقها . هذا ظاهر اللفظ، ويحتمل أنه يريد به واحدة، واثنتين ، أو ثلاثا . فإن كانت له نية فى ذلك قبلت مع يمينه ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ماقضت به من واحدة، أو ثلاث . وذهب فى التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثا فى المدخول بها . فإن اختارت ثلاثا فهى ثلاث، وإن اختارت واحدة ، أو اثنتين ، فلا يكون شىء ، وان كانت غير مدخول بها فحكمها حكم المملكه[2] .

شروط صحة المناكرة

والخلاصة أن الزوج ، الذى ملك زوجته تطليق نفسها ، الحق فى أن يناكرها فيما لو طلقت نفسها أكثر من واحدة . بالشروط الآتية :

---

(١) راجع مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٩٣ .

(٢) التاج والاكليل على هامش مواهب الجليل جـ٤ ص ٩٣ ، ٩٤ .

١ — المبادرة بالمناكرة عقب تطليق المرأة نفسها ، قال ابن القاسم : من ملك امرأته ، فقضت بالبتة فلم يناكرها وادعى الجهل ، وأراد مناكرتها حين علم ، فليس له ذلك .

٢ — أن تكون للزوج نية محددة لعدد الطلقات التى ملكها لزوجته وقت التمليك كأن يقول لزوجته : أمرك بيدك ، وتكون نيته وقت هذا القول أنه يملكها طلقة مثلا . فالقول قوله مع يمينه . وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ماقضت به ، قال مالك : من ملك زوجته قبل البناء ، أو بعده ، ولا نية له، فالقضاء ما قضت . وإلا أن تكون له نية حين ملكها فى كلامه الذى ملكهافيه، فله ذلك، ويحلف على مانوى قال أصبغ: والنية ينتفع بها فى هذا مانواه فى أول كلامه. وأما ماجردمن النية حين سمعها، أوبعدأن ملكها فلاينتفع بها . ونص فى المدونة على أنه إذا قال لها : أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك ، فطلقت ثلاثا سئل الزوج عما أراد . فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهى الثلاث ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ، ولا مناكرة له . ونقل عن مالك رضى الله أنه قال : إذا ملكها ، فقالت له : كم ملكتني ، فقال : مرة ، ومرة ، ومرة، فإن قال : أردت واحدة حلف، وصدق[1] .

وقت اليمين ومكانه

قال ابن المواز : ويحلف الزوج مكانه فى المدخول بها ؛ لأن له الرجعة مكانه . فإن لم يكن بنى فلا تلزمه الآن يمين ؛ لأنها قد بانت منه فإذا أراد نكاحها ، حلف على مانوى . ولا يحلف قبل ذلك؛ إذ لعله يتزوجها .

٣ — كون الصيغة لا تفيد التكرار

قال ابن الحاجب : من شروط المناكرة ألا يقول لها : كلما شئت فأمرك بيدك . فإن قال لها ذلك فلا مناكرة .

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٤ والتاج والاكليل على هامشه .

٤ – عدم اشتراط التفويض فى العقد

من شروط جواز المناكرة أن لا يكون قد اشترط فى العقد تمليك المرأة حق تطليق نفسها . فإذا كان قد شرط لها ذلك على الزوج فى العقد فلا مناكرة له . . دخل بها أم لا؛ فى المدونة : إن شرط لها فى عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج عليها، فقضت بالثلاث، فلا مناكرة له ... بنى أو لم يبن . وعن ابن يونس انها لو قالت: اشهدوا، متى فعل زوجى ذلك ، فقد اخترت نفسى، فذلك يلزمه . قاله مالك : وهو أصوب .

٥ – كون المخيرة غير مدخول بها فى التخيير المطلق

قال العلامة خليل : « ولا نكرة له إن دخل فى تخيير مطلق . وان قالت : طلقت نفسى، سئلت بالمجلس وبعده . فإن أرادت الثلاث لزمت فى التخيير، وناكر فى التمليك، وان قالت واحدة بطل التخيير » ، ومن المدونة : من قال لامرأته بعد البناء : اختارى نفسك؛ فقالت قداخترت ، فهى ثلاث، ولا مناكرة للزوج أما إن قال لها: اختارى فى واحدة ، فقالت قد اخترت نفسى فقال الزوج . ما أردت الا واحدة ، فإنه يحلف وتلزمه واحدة ، وله الرجعة : لأن هذا تخيير مقيد بعدد معين . ويبطل خيارها فى الحالة الأخيرة لو قيد خيارها بطلقتين فقضت بواحدة فقط. ولا يبطل إذا قضت بأكثر مما حدده لها ، إلا أنه لا يلزم الزوج ما زادته الزوجة من طلاق. قال بذلك ابن عسكر فى الارشاد ، والتتائى فى شرحه : بهذا اعمل. لكن لو كان التفويض بالاختيار مطلقا ، فقضت بأقل من الثلاث فإنه يبطل[1]. وقد لخص العلامة الحطاب هذا الموضوع فقال :

اختلف فيما يوجبه التخيير على ستة أقوال ؛ قال فى التوضيح : أشهرها مذهب الكتاب أن اختيارها ثلاثا، ولا مناكرة للزوج، نوت المرأة الثلاث أم لا . وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له ، ولا يقع شىء . ثم اختلفت

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٩٥ .

هل ذلك مسقط لخيارها ؛ لعدولها عما جعل لها، وهو المشهور، أو...لا ، ولا يكون لها بعد ذلك أن تقضى بالثلاث ، وهو قول أشهب ؟ قال ابن المواز متمما للمشهور : مالم يتبين منه الرضا بما أوقعت ، فيلزم ذلك، وهل اللزوم فيما أوقعتـه من باب الطلاق بالنية أولا ؟ تردد .

توقف ، إذا علقت اختيارها على شرط

قال العلامة خليل : ووقفت إن اختارت بدخولها على ضرتها ، وقال الحطاب : هكذا فى المدونة ؛ لحق الله فى ابقاء العصمة على الشك .

رأى سحنون : وقال سحنون بسقوط حقها فى الاختيار ،لأنها أجابت بغير ما جعل لها . وقد اعترض على قوله هذا .

مدة التخيير والتمليك ومجلس التفويض

رأى مالك الأخير: الرأى الذى رجع إليه الامام مالك هو أن حق التخيير، والتمليك باقيان للزوجة المخيرة، والمملكة، فى التخيير والتمليك المطلق العارى عن التقييد بالزمان، (أو بالمكان)، بما يدل على الاطلاق، مالم يوقفها الحاكم، ويلزمها بإيقاع الطلاق ، أورد ذلك إلى الزوج. فإن لم تفعل اسقطت من يدها هذا الحق . وكذلك يسقط هذا الحق باسقاطها قولا أو فعلا ، كأن تمكنه طائعة من وطئها . وقد كان مالك يرى أن المخيرة إذا مكنت زوجها من وطئها وكذا المملكة إذا مكنت زوجها من وطئها بطل ما بيدها. وكان قوله، أولا ، انهما اذا افترقا من المجلس ،أو طال المجلس بهما حتى يرى أنهما قد تركا ذلك وخرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غيره بطل. أما التفويض بلفظ يقتضى عدم التقييد بزمن فلا يسقطه افتراقهما ، أو طول المجلس مالم توقف ؛ كما إذا قال لها : امرك بيدك متى شئت . واختلف إذا وطئها، هل يقطع وطؤها، خيارها؟.. بهذا قال ابن القاسم . ومذهب أصبغ لا يقطع خيارها .

رأى ابن القاسم

يرى ابن القاسم رأى مالك الأول وهو أن مدة الخيار ، والتمليك، مرهونة

بمجلس التفويض ، فإذا افترقا من المجلس ، ومكنت زوجها من وطئها بطل الخيار والتمليك . قال ابن القاسم : قول مالك الأول أعجب إلى ، وبه آخذ ، وعليه جماعة الناس .

تعليق التفويض على شرط

إذا علق الزوج تخيير زوجته ، أو تمليكها طلاق نفسها ، بشرط فلا يثبت هذا الحق للمرأة إلا إذا وجد الشرط سواء كان الشرط فعلا لها أم زمنا يمضى ، أو فعلا لغيرها ، كتعليق الطلاق على شرط .

لا يشترط فى الخيار بلوغ الزوجة

قال المالكية باشتراط التمييز فى المرأة عند تنجيزها التخيير ، أو التمليك ، أو التوكيل ؛ إذ ليس بلوغها شرطا فى اعتباره . فإذا اختارت الصغيرة نفسها لزم الطلاق ، لكن بشرط أن يكون التخيير صادرا من زوجها ، وهو بالغ .

اشتراط إطاقتها للوطء

اختلفت المالكية فى اشتراط إطاقة المرأة للوطء وقت اختيارها الطلاق فهناك رأى يقول لابد لصحة اختيارها لنفسها أو تطليقها لنفسها من التمييز ، وإطاقة الوطء . وهناك رأى آخر لا يشترط اطاقتها للوطء بل الشرط هو التمييز فقط . والمعتمد هو أن المدار على التمييز . . أطاقت الوطء أم لا ، فان لم تكن مميزة فلا يعتبر ما أوقعته ، وما جعل لها من التخيير والتمليك فهو ثابت لا يبطل ، فيستأنى بها حتى تميز أو توطأ[1]

مجلس العلم بالتفويض

إذا كانت الزوجة غائبة عن زوجها حين تخييرها أو تمليكها ، وبلغها التخيير أو التمليك ، فقيل : لها حق الاختيار غير مقيد هذا الحق بمجلس التفويض ، قال اللخمى : اختلف إذا خيرها وهى غائبة ؛ فقيل : لها ذلك بعد المجلس ، وهو أحسن ؛ إذ ليس ثم من يجاوبه .

(١ ، ٢) الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٤١٤ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل جـ٤ ص ٩٥ ، ٩٨ ومنح الجليل للشيخ عليش جـ ٢ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

التفويض لغير الزوجة

من المدونة قال مالك : إذا ملكها أمرها ، أو ملك أمرها أجنبياً ، ثم بدا له فليس له ذلك والأمر إليهما. وقال الحطاب: قال الشارح فى الوسط فى شرح قول المصنف: وله التفويض لغيرها: وهل له عزل وكيله؟ قولان. قوله : وله التفويض لغيرها... هذا هو المشهور. وهو مذهب المدونة. وقال أصبغ: ليس له تفويض أمر امرأته لغيرها، ويرجع الأمر إليها، فإما قضت، أو ردت، وعلى الأول ؛ فهل للزوج عزل الوكيل إذا أراد ذلك ، وهو قول مالك فى المبسوط ونحوه فى المدونة، أو..لا . ونحوه لعبد الملك ؟[1] .

إذا قارن التخيير والتمليك خلع

نقل عن مالك روايتان فيمن خير زوجته ، أو ملكها الطلاق، نظير مال أعطته له زوجته، فقد روى عنه ما يفيد أن له المناكرة فيما زادت على الثلاث، ونقلت عنه رواية ثانية : أنه لا مناكرة له، قال ابن رشد: اختلف قول مالك فى الرجل يملك امرأته ، أو يخيرها على شىء تعطيه إياه ، فمرة رأى التخيير فى ذلك جاريا على سنة لا تأثير لما أعطت من المال فى شىء من ذلك ؛ لأنها إنما أعطته المال ، على أن يملكها أو يخيرها ؛ فإذا ملكها ، أو خيرها، وجب له المال ، وكان لها هى فى ذلك سنة الخيار، والتمليك. وهو قوله فى هذه الرواية؛ فإن خيرها فقضت بالثلاث لم يناكرها ، وإن قضت بدونها لم يكن لها شىء . وإن ملكها فقضت بما فوق الواحدة ، كان له أن يناكرها ، وتكون له الرجعة. ومرة رآها ـ بما أعطته من المال ـ فى حكم المملكة والمخيرة قبل الدخول؛ لأنها تبين بالواحدة بسبب المال كما تبين المطلقة قبل الدخول بواحدة بسبب أنه لا عدة عليها ، فيكون له أن يناكرها فى التخيير ، والتمليك إن قضت بما فوق الواحدة، وتكون طلقة بائنة . وعلى هذا القول يأتى قول ابن القاسم

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٨ .

فى رسم أوصى ، ورسم إن خرجت من سماع عيسى . وعليه قيل : إن من أعطته امرأته شيئاً على أن يطلقها ثلاثا ، فطلقها واحدة ، أنه لا حجة له فى ذلك إذ قد نالت بها ما نالت بالثلاث ؛ إذ هى بائنة[1] .

المذهب الشافعى

تفويض الطلاق

حكم تفويض الطلاق للزوجة

قال الشافعية : إن تفويض الطلاق للزوجة جائز . والدليل على جوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع :

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى « ياأيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة . فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما »[2] .

وجه الاستدلال

واضح من النص القرآنى السابق أن الله سبحانه وتعالى طلب من النبى صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته . وهذا كاف فى الجواز ، إذ لا يطلب من الرسول أن يأتى بأمر محرم شرعا .

السنة

أما السنة فقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى : « ياأيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ... الخ » فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى ؛ فان قيل : لا دليل فى ذلك ؛ لما صحوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٩٣ .

(٢) الآيتان ٢٧ و ٢٨ من سورة الاحزاب

الدنيا . بل لابد من إيقاعه بدليل : «فتعالين أمتعكن وأسرحكن» أجيب بأنه لما فوض إليهن سبب الفراق ، وهو اختيارهن للدنيا ، جاز أن يفوض إليهن المسبب الذى هو الفراق .

التفويض الصريح

قسم الشافعية تفويض الزوجة ، من حيث عبارته ، إلى صريح وكناية . ومثلوا للصريح بقول الرجل لزوجته : طلقى نفسك .

الكناية

أما الكناية فمثلوا له بقول رجل لزوجته : أبينى نفسك .

التفويض تمليك

فى الجديد أن التفويض تمليك للزوجة ، لا توكيل لها ، فى إيقاع الطلاق . وفى المذهب رأى يقول إنه من قبيل التوكيل لا التمليك .

شروط التفويض

ولأن الراجح هو إعطاء التفويض حكم التمليك ، فقد اشترط أصحاب هذا الرأى لصحة التفويض الشروط الآتية : —

١ — التكليف : بمعنى أن يكون التفويض صادرا من الزوج المكلف (وهو البالغ العاقل) ، وأن تكون الزوجة مكلفة (أى بالغة عاقلة) فلا يصح تفويض الصغيرة ، ولا المجنونة كسائر التمليكات .

٢ — أن يكون جواب الزوجة (قبولها) فور إيجاب الزوج ، ولا يضر الفاصل القصير إلا إذا اقترنت عبارة التفويض بما يفيد امتداد زمن الجواب من المرأة كأن يقول لها : طلقى نفسك متى شئت أو متى ، ماشئت . وهذا على الأصح — وقد علل الشافعية لاشتراطهم فورية جواب المرأة بقولهم : إن التطليق هنا جواب التمليك الصادر من الزوج فكان كقبوله . والقبول

لابد فيه من أن يكون فور الإيجاب — وتفريعا على هذا الرأى لو أخرت المرأة الجواب بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ، أوتخلل كلام أجنبى كثير بين تفويضه ، وبين تطليقها ، ثم طلقت نفسها ، لم تطلق .

٣ — أن يكون التفويض بعبارة منجزة فلو قال رجل لزوجته : إذا جاء رمضان فطلقى نفسك ، لغا هذا القول عند من يرى أن التفويض تمليك ؛ لأن التمليك لايصح تعليقه — كما لو قال ملكتك هذا العبد إذا جاء رأس الشهر — لكن يجوز هذا التفويض عند من يرى أن التفويض توكيل بالطلاق ، لاتمليك .

٤ — إذا كان التفويض بالكناية فيشترط فيه نية الطلاق من الزوج والزوجة فإن لم ينويا أونوى أحدهما فقط وطلقت المرأة نفسها فلايقع الطلاق. لأنه إن لم ينو هو فلا تفويض وإن لم تنو هى فلا تطليق فالطلاق لايقع بلفظ: أبينى نفسك وحده، دون النية. لكن لو كان التفويض صريحاً فكنت فى جوابها ، كقوله لها : طلقى نفسك ؛ فقالت أبنت نفسى ، ونوت الطلاق ، وقع الطلاق أو كان التفويض كناية ونوى الطلاق فصرحت بالطلاق بأن قالت : طلقت نفسى ، وقع الطلاق .

مطابقة الجواب للإيجاب

لو قال لها :طلقى نفسك ثلاثا ونوى ثلاثا فقالت طلقت نفسى ونوتهن، وقد علمت نيته ، أو وقع ذلك اتفاقا ، فيقع ثلاث؛ لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوياه — وإذا نوى ثلاثا ولم تنو عددا وقعت واحدة وكذلك إذا لم ينويا عددا ، وكذلك إذا نوى أحدهما فقط ؛ لأن صريح الطلاق كناية فى العدد فلابد من النية . ولو قال لها : طلقى نفسك ثلاثا، فوحدت؛ بأن قالت طلقت نفسى واحدة ، أو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا تقع فى الصورتين طلقة واحدة ؛ لأن فى الصورة الأولى ما أوقعته داخل فى المفوض إليها . أما فى الصورة الثانية ؛ فلأن المفوض إليها واحدة والزائد غير مأذون فيه، فيقع ما تملكه .

تنبيهات

١ — يلاحظ أنه لو ملك الرجل زوجته أن تطلق نفسها ثلاثا وطلقت واحدة، ثم راجعها الزوج أو لم يراجعها، أن للمرأة أن تزيد الثنتين الباقيتين على الواحدة التى أوقعتها فوراً إذ لا فرق بين أن تطلق نفسها ثلاثا دفعة واحدة وبين أن تطلق نفسها واحدة ، وواحدة ، وواحدة . ولا يقدح تخلل الرجعة من الزوج.

٢ — فى التفويض الصريح والجواب الصريح إذا حدد الزوج عدد الطلقات التى فوضها وأجابت الزوجة بتطليق نفسها دون تحديد للعدد وقع العدد الذى ذكره الزوج فى عبارته؛ لأن قولها: جواب لكلامه، فهو كالمعاد فى الجواب، بخلاف ما إذا لم يتلفظ بالثلاث ونواها ؛ لأن المنوى لا يمكن تقدير عوده فى الجواب؛ إذ التخاطب باللفظ لا بالنية .

٢ — لو طلقت نفسها عبثا، ونوت، فصادف التفويض، ولم يطل الفصل بينهما طلقت .

٣ — لو فوض طلاق زوجته إلى اثنين وطلق أحدهما طلقة ، والآخر ثلاثا وقعت واحدة فقط .

٥ — لو قال لها: طلق نفسك ثلاثا إن شئت، فطلقت واحدة، أو قال: طلق نفسك واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثا، طلقت واحدة كما لو لم يذكر المشيئة .

٦ — ولو قال لزوجته . طلق نفسك إن شئت واحدة فطلقت ثلاثا أو عكسه لغا ؛ لصيرورة المشيئة شرطاً فى أصل الطلاق . والمعنى طلق إن اخترت الثلاث ، فإذا اختارت غيرهن لم يوجد الشرط — بخلاف ما إذا أخر المشيئة عن العدد فإنها ترجع إلى تفويض المعنى . والمعنى: فوضت إليك أن تطلق نفسك ثلاثا فإن شئت فافعلى ما فوضت إليك[1] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

المذهب الحنبلى

تفويض الطلاق

قال الحنابلة : جعل الشارع أمر الطلاق للزوج مخيراً فيه بين أن يطلق بنفسه، وبين أن يوكل فيه،وبين أن يفوضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترنه .

أقسام التفويض

وقسم الحنابلة التفويض باعتبار صيغته إلى صريح وكناية . وتفصيل ذلك فيما يلى : —

التفويض الصريح

وهو التفويض بعبارة لايحتاج فيها إيقاع المفوض له الطلاق إلى نية إيقاعه من المفوض،وهو الزوج أو دلالةحال، كقوله لزوجته: طلقى نفسك .

الكناية

أما الكناية فهى التفويض بما يحتاج إيقاع الطلاق به إلى نية من الزوج أو دلالة حال كما فى سائر الكنايات كقول الزوج لزوجته : « أمرك بيدك » و « اختارى نفسك » .

أمرك بيدك توكيل، وله فسخه

إذا قال الرجل لزوجته : « أمرك بيدك » فلها أن تطلق نفسها فى مجلس التفويض وبعده . مهما طال الزمن مالم يرجع عن هذا التفويض ، قولا ، أوعملا، بأن يطأها . كما يبطل هذا التفويض برد المرأةوروى ذلك عن على رضى الله عنه، وبه قال الحكم ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعى ، والأحناف : إن هذا التفويض مقصور على المجلس ، ولاطلاق لها بعد مفارقته؛لأنه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس، كقوله: اختارى . وأيضاً فهذه العبارة بمثابة تمليك الرجل لزوجته عصمتها التى يملكها، فلم يملك الرجوع ؛ كما لو طلقت نفسها فور قوله لها : « أمرك بيدك » .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة لرأيهم بالإجماع والمعقول فقالوا :

الإجماع

أما الإجماع فما روى من قول على رضى الله عنه فى رجل جعل أمر امرأته بيدها ، فقال : هو لها حتى تنكل ، ولم يعرف حتى الآن أن صحابيا خالف عليا فى هذا الرأى ، فيكون إجماعا .

المعقول

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته « أمرك بيدك » هو نوع من التوكيل فى الطلاق فكان على التراخى ؛ كما لو جعله لأجنبى . وفارق قوله : « اختارى » فإنه تخيير فإن رجع الزوج فيما جعل إليها ، أو قال : « فسخت ما جعل إليك »... حيث يبطل هذا التوكيل . وإن وطئها الزوج كان رجوعا ؛ لأنه نوع توكيل . والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة .

رد الحنابلة أدلة معارضيهم

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته : « أمرك بيدك » توكيل لا تمليك ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل فى البيع ؛ وكما لو خاطب بذلك أجنبيا والقول : إنه تمليك غير صحيح ؛ فإن الطلاق لا يصح تمليكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما ينوب فيه غيره عنه . فإذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير ، ثم ، وإن سلم أنه تمليك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به ، كالبيع . وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

لابد من النية فى الكناية أو دلالة حال

ويرى الحنابلة أنه لابد من نية الزوج الطلاق بعبارته التى وجهها لزوجته : « أمرك بيدك » : لأنه كناية ، فلو اختلف الزوجان ، فقال الزوج . لم أنو الطلاق

بقولى : « أمرك بيدك » وقالت الزوجة : بل نويت . كان القول قوله ؛ لأنه أعلم بنيته ، ولاسبيل إلى معرفتها إلا من جهته ، ما لم يكن جواب سؤال ، أو معها دلالة حال .

التصريح بما يفيد إرادة الطلاق

لو قال الزوج لامرأته : أمرك بيدك فقالت: قبلت ،لم يقع شىء ؛ لأن أمرك بيدك توكيل ، فقولها فى جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوكالة، فلم يقع شىء ؛ كما لو قال لأجنبي أمر امرأتى بيدك ، فقال: قبلت ومثل ما تقدم فى الحكم مالو قالت : أخذت أمرى . نص أحمد على ذلك فى رواية ابراهيم بن هانى' إذا قال لامرأته : أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشىء حتى تبين ، وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ليس بشىء[1] .

تأثير النية فى التفويض الصريح

يرى الحنابلة أن التفويض قد يكون مقيدا بزمن ، أو عدد ، أومكان ؛ فلو قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك » ونوى عددا فهو على ما نوى . وان أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة ؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم . وكذلك الحكم او وكل أجنبياً ؛ فقال له: طلق زوجتى . فالحكم على ما بيناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : « طلقى نفسك » ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة ، وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فان طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل فى المجلس او بعده وقع الطلاق لأنه توكيل .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٩٨ والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة .

رأى آخر يقيد الطلاق بالمجلس

قال القاضى : إذا قال رجل لزوجته : « طلقى نفسك » تقيد بالمجلس ؛ لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس، كقوله : «اختارى » .

دليل الرأى الراجح

استدل من قال بأن التفويض الصريح توكيل لا تملك فلا يتقيد الحق بالمجلس. بل للمفوض إليه الطلاق أن يطلق فى المجلس ، أو بعده، بقولهم : إن ماحدث هو توكيل فى الطلاق ، فكان على التراخى كتوكيل الأجنبى وكقوله : « أمرك بيدك » . وفارق اختارى ، فانه تخيير وماذكروه ينتقض بقوله : « أمرك بيدك » .

التفويض الصريح لايتوقف على إجابة صريحة

المرأة التى فوض إليها تطليق نفسها بقول زوجها لها : « طلقى نفسك » لها أن توقع الطلاق بلفظ صريح ، أو كناية مع النية . خلافا لرأى بعض الشافعية القائل بأنه ليس لها أن توقع الطلاق بالكناية، بحجة أن الرجل فوض إليها الطلاق بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن الرجل قد فوض إلى المرأة الطلاق،وقد أوقعته،فوقع، كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكر من أن التفويض إليها كان بلفظ صريح، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها غير مسلم به ؛ لأن ما حدث هو توكيل للمرأة فى إيقاع الطلاق على نفسها . والتوكيل فى شىء لا يقتضى أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته ؛ كما لو قال لوكيله: بع دارى حيث يجوز بيعها بلفظ التمليك .

طلقى نفسك ثلاثا

ولو ذكر الزوج فى تفويضه عددا بأن قال لزوجته : طلقى نفسك ثلاثا. فطلقت نفسها واحدة ، وقع الطلاق . وقال مالك . لايقع شىء ؛ لأنها لم تمتثل أمره .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : لو إن الرجل ملك زوجته ـ بطريق التوكيل ـ إيقاع ثلاث طلقات تملكت إيقاع واحدة بمقتضى هذا التمليك كالموكل ؛ ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة، فقال: قبلت واحدا منهم، صح، فكذا ههنا .

طلقي واحدة فطلقت ثلاثا

ولو قال الرجل لزوجته : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثا ، وقعت واحدة . وبهذا قال المالكية والشافعية — وقال أبوحنيفة : لايقع شيء . لأنها لم تأت بما يصلح قبولا ، فلم يصح ، كما لوقال : بعتك نصف هذا العبد ، فقال . قبلت البيع فى جميعه .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن المرأة أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره . فوقع المأذون فيه دون غيره . كما لو قال: طالق نفسك ، فطلقت نفسها ، وضرائرها .

إنكار ما زاد على طلقة واحدة فى الصريح

لو قال الزوج لزوجته : « طلقى نفسك » فطلقت نفسها ثلاثا وقال الزوج . لم أجعل إليها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله . والقضاء ماقضت .

رأى آخر

وقال القاضى : نقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهى واحدة ؛ لأنه نوع تخيير ، فيرجع إلى نيته فيه .

دليل الرأى الأول

قال أصحاب الرأى الأول ، وهو الراجح فى المذهب : إن قول الرجل : طلقى نفسك لفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث ، كما لو قال : طلقى نفسك ما شئت. ولايقبل قوله أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ . ولايدين فى هذا ، لأنه من من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثا .

تفويض غير الزوجة فى الطلاق

اذا جعل الرجل أمر زوجته بيد غيرها صح، وحكمه حكمها لو جعله بيدها، فى أنه بيده فى المجلس وبعده، لأنه توكيل مطلق، فكان على التراخى، كالتوكيل فى البيع — ولذلك فله أن يطلقها مالم يفسخ الزوج التفويض أو يطأ زوجته المفوض أمرها للغير. وله أن يطلق واحدة، وثلاثا، كالمرأة.

أهلية المفوض لها الطلاق بالعقل والتمييز

ليس للزوج أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله، وهو العاقل. فأما الطفل، والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم. فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه. وان جعله فى يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته. وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال: اذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثا فطلقها ثلاثا لايجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها، أكان يجوز طلاقه؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه. ولو جعل أمر الصغيرة، والمجنونة، بيدها لم تملك ذلك.؟ نص على ذلك أحمد فى امرأة صغيرة قال لها زوجها: أمرك بيدك، فقالت: اخترت نفسى، فقال: ليس بشيء. حتى يكون مثلها يعقل. وهذا، لأنه تصرف بحكم التوكيل، وليس من أهل التصرف. وظاهر كلام أحمد أنها اذا عقلت الطلاق، وقع طلاقها وان لم تبلغ، كما هو الحال عندهم فى الصبي اذا طلق.

رواية أخرى

وفى المذهب رواية أخرى أنه يشترط، لوقوع الطلاق من المفوض له الطلاق، البلوغ والعقل، فلو طلق الصبي لايقع طلاقه حتى يبلغ. وكذلك المرأة الصغيرة.

تفويض أكثر من واحد

إذا جعل أمر الزوجة فى يد اثنين، أو وكل اثنين فى طلاق زوجته صح وليس لأحدهما أن يطلق على الإنفراد إلا أن يجعل ذلك إليه ؛ لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً . وبهذا قال مالك والشافعى : فإن طلق أحدهما واحدة، والآخر ثلاثا، وقعت واحدة. وقال الثورى لا يقع شيء. واحتج الحنابلة لرأيهم بأنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها ، فصح ، كما لو جعل إليهما واحدة[1].

مخالفة الجواب لعبارة التفويض

لو قال الرجل لزوجته: طلق نفسك؛ فقالت: أنا طالق، إن قدم زيد، لم يصح ؛ لأن إذنه إنصرف الى طلاق منجز، فعلقته على شرط. والمجز لا يتناول المعلق . وحكم توكيل الأجنبى فى الطلاق كحكمها فى ماذكرناه كله .

التفويض نظير عوض كالتفويض بلا عوض

قال الحنابلة : للرجل حق الرجوع فيما فوض فيه زوجته من طلاق، قبل أن تطلق نفسها، سواء كان هذا التفويض نظير عوض مالى ، أو بلا عوض . كما قالوا ببطلان هذا التفويض بوطء الزوج زوجته التى جعل لها حق الطلاق . قال أحمد : اذا قالت امرأته : اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا ، وقبض العبد وجعل أمرها بيدها، فلها أن تختار مالم يطأها ، أو ينقضه، لأنه توكيل، والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه . وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول ، كالبيع .

التفويض بلفظ « اختارى نفسك » يتقيد بالمجلس

قال صاحب المغنى[2] : أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ان اختارت فى وقتها ، والا فلاخيار لها بعده . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٣ الطبعة الأولى بمطبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ .
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

وابن مسعود ، وجابر رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، والشعبي، والنخعى،ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، وقتادة ؛ وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك فى احدى الروايتين :هو على التراخى. ولها الاختيار فى المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يطأ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة كما خيرها : « انى ذاكر لك أمر فلا عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى أبويك » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها اليها فأشبه : « أمرك بيدك[1] » .

دليل الحنابلة

١ — إجماع الصحابة

استدل الحنابلة بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر ، وعثمان ، فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا ؛

وعن عبد الله بن عمر قال : « ما دامت فى مجلسها » . ونحو ذلك روى عن ابن مسعود ، وجابر .ولم نعرف لهم مخالفا فى الصحابة فكان اجماعا .

٢ — المعقول

وقال الحنابلة : إن عبارة الرجل : « اختارى نفسك » هى خيار تمليك ، فكان على الفور ، كخيار القبول .

رد أدلة المخالفين

وقال الحنابلة : إن الخبر لا يفيد المدعى؛ اذ الخلاف فى التخيير المطلق ، أما الخبر ففيه تخيير على سبيل التراخى : « فلا عليك أن تتعجلى حتى تستأمرى أبويك » . أما «أمرك بيدك» فلا يقاس عليه « اختارى » ؛ لأن أمرك بيدك توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ، ما لم يقيد ، بخلاف مسألتنا[1] .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٤ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

مبطلات الخيار

اشترط الحنابلة فى التخيير أن تجيب المرأة باختيارها فرقةزوجها عقب كلامه، إلا إذا قيد العبارة بما يفيد امتداد الزمن. فإذا انتهى مجلس التفويض ولم تجب ، أو ظل المجلس لكنهما خرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق، وتكلما فى موضوع آخر بطل خيارها . قال أحمد : إذا قال لامرأته : اختارى ، فلها الخيار ماداما فى ذلك الكلام ، فإن طال المجلس وأخذا فى كلام غير ذلك ، ولم تختر فلا خيار لها . وقال أحمد أيضا : الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ، ويجاوبها . إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته ، وإلا فلا شيء ؛ لأن ما حدث من الزوج بمثابة تمليك مطلق ، وقد تأخر قبوله عن أول حال الإمكان ، فلم يصح .

خروج الزوج أو الزوجة من المجلس

كما يبطل خيار المرأة بخروجها من المجلس قبل أن تجيب ، ويبطل الخيار أيضا بخروج الزوج من المجلس قبل أن تختار المرأة فراقه . وقال أبو حنيفه يبطل الخيار بخروجها قبل قيامه : بناء على أصله فى أن الزوج لا يملك الرجوع عما فوض فيه . المرأة من الطلاق . أما عند الحنابلة فللزوج حق الرجوع فيما وكل فيه ، أو فوض، من الطلاق ، فبقيامه قبل اختيارها الفرقة يبطل هذا الخيار ولو كان أحدهما قائما فمشى بطل الخيار . أما لو قعد لم يبطل ؛ إذ القيام يبطل الفكر ، والارتياء ، فى الخيار فيكون إعراضا . أما القعود فبخلافه ، وإن كانت فى صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها . وإن أكلت شيئا يسيرا لم يبطل ؛ لأن ذلك ليس باعراض ، فان جعل لها الخيار متى شاءت ، أو فى مدة فلها ذلك فى تلك المدة . وإذا قال لها : اختارى إذا شئت ، أومتى شئت ، أو متى ماشئت فلها ذلك ؛ لأن هذه تفيد جعل الخيار لها فى عموم الأوقات .

اختارى اليوم، وغدا، وبعد غد

قال الحنابلة : ولو قال لها : اختارى اليوم ، وغدا وبعد غد ، فلها ذلك ، فان ردت الخيار فى اليوم الأول بطل فى الأيام الباقية ؛ لأنه خيار واحد فى مدة واحدة، فاذا بطل أوله ، بطل مابعده ، كما لوكان الخيار فى يوم واحد ، كخيار الشرط وخيار المعتقة . ولا نسلم أنهما خياران ، وإنما هما خيار واحد فى يومين .

إختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا

ولو قال لها : اختارى نفسك اليوم، واختارى نفسك غدا ، فردته فى اليوم الأول ، لم يبطل فى الثانى ؛ لأنهما خياران ؛ لأن كل واحد ثبت بسبب مستقل مفرد .

خيرها مدة ، ثم تزوجها ، لا يعود الخيار

ولو خيرها مدة كشهر أو سنة فأختارت الفراق ، ثم عادت فتزوجها ثانيا ، لا يعود لها الخيار ، وإن كان الزمن المحدد للخيار لازال باقياً . وعند أبى حنيفة لها الخيار . ولو لم تختر نفسها ، أو أختارت زوجها ، وطلقها الزوج ثم تزوجها ، بطل خيارها ؛ لأن الخيار المشروط فى عقد لا يثبت فى عقد سواه .

دليل الحنابلة

ان المرأة باختيارها الفراق قد استوفت ما جعل لها فى هذا العقد ، فلم يكن لها عقدثان ، كما لو اشترط الخيار فى سلعة مدة، ثم فسخ، ثم اشتراها بعقد آخر فى تلك المدة .

تنبيـه

الحكم السابق بيانه فى التفويض بالتخيير ، يثبت فى التفويض بقوله : أمرك بيدك ؛ لأنه نوع تخيير .

تحديد الزمن

يبدأ الزمن المقيد به التخيير ، أو التوكيل (أمرك بيدك) من وقت النطق بالتفويض فلوقال الرجل لزوجته : لك الخيار يوما ، أو أمرك بيدك يوما ، فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد ؛ لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وأن قال : شهرا فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : اليوم أو الشهر ، أو السنة، فهو على ما بقى من اليوم ، والشهر ، والسنة .

التخيير المطلق ينصرف إلى طلقة رجعية

لفظة التخيير لا تقتضى بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر ، وعائشة رضى الله عنهم . وروى ذلك عن جابر، وعبدالله بن عمر . وقال أبو حنيفة: هى واحدة بائنة؛ لأن اختيارها يقتضى زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بالبينونة . وقال مالك : هى ثلاث فى المدخول بها ؛ لأن المدخول بها لا تبين با أقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة بالاجماع ، والمعقول ؛ فقالوا :

الاجماع

لقد أجمع صحابة رسول الله، صلى الله عليه وسلم، على أن المرأة إذا اختارت نفسها تقع طلقة واحدة ، وهو احق بها . قال بذلك من سمينا هم سابقاً من صحابة رسول الله صلى الله علية وسلم... رواه البخارى عنهم باسانيده، ولم نعرف لهم مخالفا فى ذلك .

المعقول

إن قول الرجل لزوجته :«اختارى» تفويض مطلق، فيتناول أقل مايقع

عليه الاسم . وذلك طلقة واحدة ، ولا يجوز أن تكون بائنا ؛ لأنها طلقة بغير عوض، لم يكمل بها العدد بعد الدخول ، فأشبه[1] مالو طلقها واحدة .

اما قول الرجل : امرك بيدك ، فانه للعموم ؛ لأنه اسم جنس، فيتناول جميع أمرها نخالف قول الرجل لزوجته : « اختارى » . لكن ان جعل اليها الإختيار أكثر من ذلك فلها ماجعل اليها ، سواء جعله بلفظة مثل أن يقول : اختارى ماشئت ، واختارى الطلقات الثلاث ان شئت، فلها، فى هذه الحالة، أن تختار ذلك، فان قال : اختارى من الثلاث ما شئت ؛ فلها أن تختار واحدة ، أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها ؛ لأن من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث، فلا يكون لها اختيار الجميع .

يرجع إلى النيـــة

لو نوى الرجل بقوله لزوجته : إختارى عددا فإنه يرجع إلى مانواه ، لأن قوله :اختارى... كناية خفية، فيرجع فى قدر مايقع بها إلى نيته، كسائر الكنايات الخفية . فإن نوى ثلاثا ، أو اثنتين، أو واحدة، فهو على مانوى . وإن أطلق النية فهى واحدة . وإن نوى ثلاثا ، فطلقت أقل منها ، وقع ماطلقته ، لأنه يعتبر قولهما جميعا، فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا .

لوردت الخيار، أو الأمر لايقع شىء

وإن خير الرجل زوجته فاختارت زوجها أوردت الخيار ، أو الأمر لم يقع شىء، نص عليه احمد فى رواية الجماعة . وروى ذلك عن عمر، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز . كما نقل عن الشافعى .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٩٨

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة بقول عائشة رضى الله عنها : خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقا . وقالت لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال : « إنى لمخبرك خبرا ، فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك ، ثم قال . إن الله تعالى قال : « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - إن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما) فقالت : فى أى هذا استأمر أبوى ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت ، متفق عليه .

وجه الاستدلال

الحديث أبان أن رد المرأة مافوضه لها زوجها من فرقة يجعل الأمر كأنه لم يحدث تفويض . ومعنى هذا أن الرد لا يقع به طلاق ؛ لا رجعى ، ولا بائن . قال مسروق : ما أبالى: خيرت امرأتى واحدة ، أو مائة .أو ألفا ، بعد أن تختارنى .

المعقول

وقال الحنابلة : إن المرأة قد خيرت فى الطلاق أو البقاء على النكاح فاختارت النكاح ، فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد .

الاختيار كناية يحتاج إلى النية

إذا قالت المرأة : اخترت نفسى ، فيفتقر إلى نيتها ؛ لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع ؛ لأن الزوج إذا لم ينو، فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن توقعه . وإن نوى ، ولم تنو هى ، فقد فوض إليها الطلاق ، فما أوقعته ، فلم يقع شىء ، كما لو وكل وكيلا فى الطلاق فلم يطلق. وإن نويا جميعا وقع مانوياه من العدد . إن اتفقا فيه ، وإن نوى أحدهما

أقل من الآخر وقع الأقل ؛ لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع[1] .

التفويض المعلق

التفويض المعلق هو أن ينيب الرجل غيره فى تطليق امرأته معلقا هذه الإنابة على شرط أو مضافا إلى زمن كقول الرجل لزوجته . أمرك بيدك شهرا ، أو اختارى نفسك شهرا ، أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك، أو اختارى نفسك يوما، أو يقول ذلك لأجنبي . وتعليق الإنابة فى الطلاق على شرط جائز. قال أحمد: «إذا كان سنة، أو أجل مسمى، فأمرك بيدك، فاذا دخل ذلك فأمرها بيدها . وليس لها قبل ذلك أمر » . وقال أيضا : « إذا تزوج امرأة وقال لأبيها إن جاءك خبرى إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الأب ، فان كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز . ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه » .

تعليل ما تقدم

قال الحنابلة : إن الرجل قد فوض الطلاق إلى من يملكه فصح تعليقه على شرط ، كالتوكيل الصريح ، فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ماجعله إليه فى الوقت الذى عينه له ، لا قبله ، ولا بعده .

حق الزوج فى الرجوع عن التفويض المعلق

وللزوج الرجوع عن التفويض المعلق على شرط ؛ لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه الرجوع إلا ببينة ؛ لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه.

تطليق الوكيل والزوج غائب

فإن طلق الوكيل ، والزوج غائب، كره للمرأة أن تتزوج ؛ لأنه يحتمل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٩٩ .

أن الزوج رجع فى الوكالة . وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة . وحمله القاضى على الاستحباب ، والاحتياط .

وطء الزوج والوكيل غائب

وإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ، ومنع منه أحمد أيضا لهذه العلة . وحمله القاضى ، أيضا، على الاستحباب ؛ لأن الأصل بقاء النكاح، فحمل الأمر فيه على اليقين .

لابد من بينة على الرجوع

إذا ادعى الزوج انه قد رجع عن التفويض للغير فلا ، يقبل قوله إلا ببينة ، فلو صدقته المرأة أنه قد رجع قبل قوله ، وان لم تكن له بينة[1] .

المذهب الظاهرى

تفويض الطلاق للغير

لا طلاق بالتخيير

من خير امرأته فاختارت نفسها ، أو اختارت الطلاق ، أو اختارت زوجها ، أو لم تختر شيئاً ، فكل ذلك لاشىء ، وكل ذلك سواء . ولا تطلق بذلك ، ولا تحرم عليه ، ولا لشىء من ذلك حكم .

لو كرر التخيير

ولو كرر الزوج التخيير ، وكررت هى اختيار نفسها . أو اختيار الطلاق ألف مرة فلا يقع طلاق بهذا كله .

جعل الزوج أمر زوجته بيدها

ولا تملك المرأة تطليق نفسها بتمليك الزوج لها تطليق نفسها . وكذلك لو قال لها : أمرك بيدك .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ .

تمليك الغير أمر زوجته

وكذلك الحكم فيمن جعل أمر امرأته لأجنبي فلا يملك الغير بهذا التمليك أن يطلق الزوجة التي جعل أمرها بيده .

دليل الظاهرية

قال ابن حزم : لاحجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذ لم يأت في القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لامرأته أمرك بيد ، أو قد ملكتك أمرك ، أو اختاري ، يوجب أن تكون طالقا ، أو أن لها أن تطلق نفسها ، أو أن تختار طلاقا ، فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بأقوال لم يوجبها الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم . وهذا في غاية البيان ، والحمد لله رب العالمين .

وقال أبو محمد : والذي نقول به : هو ما رويناه من طريق أبي عبيد ، نا عبد الغفار بن داود عن بن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب ، أن رميسة الفراسية كانت تحت محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، فملكها أمرها فقالت : أنت طالق ، ثلاث مرات ، فقال عثمان بن عفان : أخطأت . لاطلاق لها . ألا إن المرأة لاتطلق . ومن طريق عبد الرازق ؛ نا ابن جريج ، أخبرني أبو الزبير أن مجاهدا أخبره : أن رجلا جاء إلى ابن عباس فقال : ملكت امرأتي ، فطلقتني ثلاثا ، فقال ابن عباس خطأ الله نوءها عليك . انما الطلاق لك عليها ، وليس لها عليك . وهذا في غاية الصحة عن ابن عباس . ومن طريق عبد الرازق عن ابن جريج سألت عبد الله بن طاووس كيف كان أبوك يقول في رجل ، ملك امرأته أمرها .. أتملك أن تطلق نفسها أم لا ؟ قال : كان يقول : ليس إلى النساء طلاق . فقلت له : فكيف كان أبوه يقول في رجل ملك رجلا أمر امرأته ... أيملك الرجل أن يطلقها ؟ قال : لا . وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا[1] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١١٦ إلى ص ١٢٤ مسألة رقم ١٩٣٧ .

وأما التخيير : فقد روى من طريق سفيان بن عينه ، عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أنه سئل عن رجل جعل امر أمرأته بيدها فقالت: أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فقال ابن عباس خطأ الله نوءها ، لا أدرى ما الخيار . وهذا أصح ماروى فى ذلك عن ابن عباس .وأما الزيادة التى رواها قوم فى هذا الخبر من أن ابن عباس قال : لو قالت: أنا طالق ثلاثا لكان كما قالت، أو: ألا طلقت نفسها ثلاثا.. فلا تصح؛لأنه إنما رواها الحكم بن عتبة ، وحبيب بن أبى ثابت ، ومنصور . وكلهم لم يلق ابن عباس[1].

مناقشة ابن حزم أقوال مخالفيه

مناقشته رأى أبى حنيفة ومالك

قال ابن حزم : وأما أبو حنيفة فقال: إن قال لها: اختارى ، تخيرها، ثم قال لم أرد طلاقا ، فإن كان ذلك فى رضا لم يجر فيه ذكر طلاق ، كان القول قوله مع يمينه ، ولا خيار لها ، فإن كان فى غضب فيه ذكر طلاق ، أو ليس فيه ذكر طلاق ، أو كان فى رضا ذكر فيه طلاق ،لم يلتفت إلى دعوى الزوج وكان لها الخيار . فإن اختارت زوجها ، فهى امرأته ، وبطل خيارها، وإن اختارت نفسها، فهى طالق واحدة بائنة ، لا تكون رجعية أصلا .ولا أكثر من واحدة سواء نوى هو أكثر من واحدة ، أولم ينو ، اختارت هى أكثر من واحدة ، أو اختارت واحدة رجعية. ثم لهم من التخاليط فى حركاتها وأعمالها أشياء يطول ذكرها ، إلا إنها من من عجائب الدنيا قد ذكرناها فى كتاب الإيصال[2] .

وقال مالك : إن خيرها فاختارته، فهى امرأته ، وقد بطل خيارها . فإن اختارت نفسها فهى طالق ثلاثا ولابد سواء قالت : أردت الطلاق ، أو قالت : لم أرد الطلاق ، وليس له أن يناكرها . ولا يلتفت إلى نيته أصلا . فلو طلقت نفسها واحدة ، أو اثنتين، فليس بشىء، ولا يلزمه ذلك ، وليس لها إلا اختيار زوجها ، أو أن تطلق نفسها ثلاثا ولابد، إلا أن يخيرها

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٢٠ — ١٢٤ .

وقد عزم على طلاقها أو مخالعتها ، فهنا إن اختارت نفسها فهى طلقة واحدة بائنة . وكذلك لو قال لها اختارى طلقه فليس لها إلا طلقة واحدة رجعية . هذا كله فى المدخول بها . فإن خيرها قبل أن يدخل بها، فهى، إن اختارت نفسها، طلقة واحدة فقط . فلو قالت التى لم يدخل بها : قد اخترت بثلاث تطليقات. فقال هو : لم أرد الا واحدة فقط فهى واحدة . وقال : فلو قالت المدخول بها: قد قبلت امرى، لم يكن طلاقها، إلا أن تقول هى: أردت الطلاق، فيكون ثلاثا ولا بد . لا أقل من ذلك . فلو قالت له : قد خليت سبيلك فهى ثلاث ولابد ؛ واختلف قول مالك فى المخيرة ، تقوم من مجلس التخيير قبل أن تختار فمرة قال : يبطل خيارها بخلاف التمليك: ثم رجع فقال: بل لها الخيار حتى توقف فتختار أو تترك، فلو وطئها مكرهة لم يبطل خيارها ، ولو وطئها طائعة بطل خيارها .

قال ابن حزم بعد أن ذكر أقوال الاحناف والمالكية : إن ذكرنا لهذه الأقوال يغنى عن تكلف الرد عليها؛ لشدة اختلاطها. وبالجملة فلم يقل أحد قبله (يقصد مالكا) بهذه التقسيمات وإنما تعلق بقول من أحد أقوال ثلاثة رويت عن زيد فى ان اختارت نفسها فهى ثلاث فقط . وخالفه فى هذا القول نفسه فى الفرق بين المدخول بها ، وغير المدخول بها ، وفى تسوية زيد بين التخيير والتمليك فبطل تعلقه بزيد . وقد خالف هذا القول قول آخر لزيد ، وقول لعمر ، وقول لعلى . وكل هذه الأقوال لا حجة فى تصحيحها من قرآن أو سنة ، ولا معقول ! ولا قول متقدم لم يخالفه فيه من هو مثله ، ولا رأى له وجه يعقل. واحتج من قال بأن التخيير له تأثير فى الطلاق بأن رسول الله (ﷺ) خير نساءه؛ وذكر ابن حزم قول الشافعية[1]، ثم قال: وكل هذه الأقاويل آراء لادليل على صحة شيء منها. وقد تقصينا من روى عنهم من الصحابة أنهم قالوا بوقوع الطلاق فى هذه الحالات ، فلم يكونوا بين من صح عنه. ومن لم يصح عنه إلا سبعة. وقد اختلفوا. وليس قول بعضهم أولى من قول بعض. ولا أثر

(١) المحلى لأبن حزم ج ١٠ ص ١١٧ و ١١٨ ، ١٢٢، ١٢٣ .

فى شيء ، فيها إلا أثرا رويناه من طريق أحمد بن شعيب بطريق انتهى إلى حماد ابن زيد، قال: قلت لأيوب السختيانى، هل علمت أحدا قال فى أمرك بيدك: أنها ثلاث غير الحسن ؟ قال: لا ، اللهم غفرا إلا ما حدثنى قتادة عن كثير مولى بن سمرة، فسألته فلم يعرفه، فرجعت إلى قتادة فأخبرته، فقال: نسى. وكثير مولى ابن سمرة مجهول . ولو كان مشهورا بالثقة والحفظ لما خالفنا هذا الخبر .

وقال ابن حزم : إن المالكية يقولون إن التخيير لا يكون إلا فى البقاء مع زوجها أو فى الطلاق الثلاث . وهم مع ذلك يقولون إن الطلاق الثلاث بدعة ومعصية، فكيف يجوز عندهم أن يخير الرسول، صلى الله عليه وسلم، فى إنفاذ معصية ؟ حاشا لله من هذا .

آية التخيير لا دلالة فيها للمخالفين :

على أن الآية التى يحتج - بها لأن فيها أمرا من الله لرسوله بتخيير نسائه، موقوف هذا الأمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو من خصوصياته. وقال البعض : إن التخيير الذى حدث من الرسول إنما هو تخيير بين الدنيا ، والآخرة ولهذا بطل تعلقكم فى أن للتخيير تأثيرا فى الطلاق ؛ لأن ما حدث من الرسول ليس تخييرا بين البقاء معه ، أو الطلاق . والآية تؤكد ذلك فى نصها (وإن كنتن تردن الحياة الدنيا ، وزينتها، فتعالين أمتعكن ، وأسرحكن سراحا جميلا) فإنما نص الله تعالى: على أنه، عليه الصلاة والسلام : إن أرادت زوجاته الدنيا ولم يردن الآخرة طلقهن، حينئذ من قبل نفسه مختار الطلاق، لا أنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا . ومن أدعى غير ذلك فقد حرف كلام الله عز وجل، وأقحم فى حكم الآية كذبا محضا ليس فيها منه نص ، ولا دليل[1] .

الأخبار موضوعة :

أما الأخبار التى ذكرها بعض أصحاب هذه الآراء، يموهون بها ، فهى

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢٣ .

أخبار موضوعة ؛ منها: ماروى من أن واحدة من نساء النبي: (ﷺ)، اختارت نفسها فكانت البتة ، ومنها من طريق ابن وهب عن عبدالجبار بن عمر عن الزهرى أن النبي: (ﷺ)، إذ خير نساءه، تخيرت امرأة منهن نفسها، فذهبت.ـ وذكر بعضهم أن الزوجة التي اختارت نفسها هي بنت الضحاك العامرى . مع أن الرسول (ﷺ) لم يتزوج، قط، بنت الضحاك العامرى ويوضح كذب هذه الفضائح الخبر الثابت، الذى روى من عدة طرق، منها طريق مسلم ـ أن عائشة قالت: فذكرت نزول آية التخيير؛ أن رسول الله (ﷺ) تلاها عليها، فقالت: إنى أريد الله ورسوله ، والدار الآخرة، قالت : ثم فعل أزواج النبي (ﷺ) مثل ما فعلت . وفى رواية عن الشعبي عن مسروق عن عائشة أم المؤمنين قالت : خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه، فلم يعده طلاقا[1] .

لا إجماع من الصحابة :

ثم قال ابن حزم وقد تقصينا الآثار الواردة جميعها ورأينا الاختلاف فيها عن الصحابة مما يدل على عدم وجود إجماع فى شيء من ذلك ، ووقفنا على أنه ليس فى التخيير شيء إلا عن عمر ،وعلى ، وزيد . أقوال خالف فيها كل واحد منهم صاحبه ، وأثر لا يصح عن ابن مسعود ، وآثار ساقطة عن ابن عباس ، والثابت عنه كقولنا : أنه لا معنى للتخيير أصلا ، وأنه ليس فى التمليك إلا أقوال مختلفة عن زيد، وابن عمر ، فقط ، لا ثالث لهما من الصحابة، رضى الله عنهم، إلا قولا ذكر عن فضالة بن عبيد : أن القضاء ما قضت ، وأثران من طريق عثمان، وابن عباس موافقان لقولنا، وأنه ليس فى «أمرك بيدك» إلا أقوال مختلفة عن عمر، وعلى ، وزيد ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن عمرو ، وأبى هريرة ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، ورجال لم يسمعوا من الصحابة رضى الله عنهم . وفى بعض هذه قول عن جابر بن عبدالله لم يوافق مالك أحدا منهم إلا رواية عن ابن عمر صحت عنه فى المناكرة فقط ومثلها

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٤ .

عن عمر لم تصح عنه . ولم يوافق أبو حنيفه منهم أحدا ووافقنا نحن قولا روى عن ابن مسعود ، وعمر[١] .

الوكالة فى الطلاق

قلنا إن الظاهرية لايجيزون الإنابة فى الطلاق، لابتوكيل،ولابتفويض، فهم يرون أن من جعل إلى امراته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك. ولاتكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للرجال لا للنساء(٢) .

ولذا قالوا: إن الوكالة فى الطلاق لا تجوز ؛ لأن الله عز وجل يقول : (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)، فلا يجوز عمل أحد عن احد إلا حيث أجازه القرآن ، أو السنة الثابتة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم. ولايجوز كلام أحد إلا حيث أجازه القرآن، أو سنة رسول الله، صلى الله عليه وسلم. ومالم يأت فى طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن، ولا سنة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، فهو باطل .

مناقشة ابن حزم أقوال من أجازوا الوكالة

قال ابن حزم : إن المخالفين لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدرى كل أحد أن الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام . ولا يختلفون فى أنه لايجوز أن يظاهر أحد عن أحد، ولا أن يلاعن أحد عن أحد، ولا أن يولى أحد عن أحد، لابوكالة ، ولابغيرها، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن لا النصوص يتبعون ، ولا القياس يحسنون . وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لاغيرهم. فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم ، لابوكالة ، ولا بغيرها ، لأنه إن كان، يكون

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ٢١٦ مسأله رقم ١٩٧١

تعديا لحدود الله عز وجل . وقد قال تعالى : (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) وقال تعالى : (وما كان لمؤمن ، ولا مؤمنة ، إذا قضى الله ورسوله أمرا ، أن يكون لهم الخيرة من أمرهم)فلا خيار لأحد فى خلاف ماجاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل فى الطلاق عن أحد من المتقدمين إلا عن إبراهيم، والحسن(١) .

طلاق الغائب

الطلاق لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة

قال الظاهرية بعدم لزوم طلاق الزوج الغائب عن زوجته إلا إذا بلغها الطلاق ممن تصدقه ، أو بشهادة تقبل فى الحكم ، فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملا ، أو طاهرا فى طهر لم يمسها فيه — وقبل ذلك — حتى يبلغها الطلاق —هى امرأته ، كما كانت ، يتوارثان إن مات أحدهما ، وجميع حقوق الزوجية بينهما ، سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول ، ثلاثا ، أو أقل .

دليل الظاهرية

الكتاب :

قال ابن حزم : وبرهان ماتقدم قول الله عز وجل : (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العـــدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة . وتلك حدود الله،ومن يتعد حدود اللهفقد ظلم نفسه) فهذهصفة طلاق المدخول بها وقال تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ،وعلى المقتر قدره) وقال تعالى :

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص١٩٦ مسألة رقم١٩٥٩

(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) وقال تعالى : (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فهذه صفة طلاق غير المدخول بها، ويدخل فيه طلاق الثلاث المجموعة وآخر الثلاث . وبالضرورة يوقن كل ذى حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها ، ومضارتها حرام ففعله مردود باطل ، والمعصية لا تنوب عن الطاعة ، وبالضرورة يوقن كل أحد أن من فعل ذلك لم يسرحها سراحا جميلا . ومن لم يطلق للعدة ،ولم يحص العدة، فلم يطلق كما أمر الله تعالى ، ومن لم يطلق كما أمر الله تعالى فلم يطلق أصلا .

اعتراض ورد ابن حزم عليه

قال ابن حزم: ولا يحتج علينا بحديث فاطمة بنت قيس حيث طلقها زوجها وهو غائب عنها ، فقد روى عنها أنها قالت: أرسل إلى زوجى بطلاقى فشددت على ثيابى، ثم أتيت النبي، صلى الله عليه وسلم ، فقال : كم طلقك، قلت ثلاثا وذكر الحديث — فإننا نقول بلزوم طلاق الغائب ووقوعه عند بلوغه للزوجة بطريق من تصدقه ، أو بشهادة ، ولم نقل، قط، إنه لا يلزمها الطلاق إذا بلغها . وقد روى عن بعض السلف أنهم قالوا : إن من طلقها زوجها، وهو غائب، فإنها لا تلزمها العدة إلا من حين يبلغها الخبر . وهذا يدل على أنها لم يلزمها الطلاق إلا من حين لزمتها العدة لا قبل ذلك ؛ إذ لا يجوز فى دين الإسلام أنه يحال بزمن بين الطلاق ، وبين أول عدتها ، ولا يجوز أن تكون امرأة ذات زوج موطوءة منه، خارجة عن الزوجية بطلاقه وفى غير عدة . هذا خلاف القرآن والسنة .

رواية أبى جهم قد عارضتها روايات أخرى :

على أن خبر فاطمة بنت قيس روى من طريق آخر برواية تفيد أن زوجها طلقها وهو حاضر، لا غائب، فقد روى من طريق مسلم: حدثنى محمد بن

رافع ، نا،حسن بن محمد ، نا، شيبان هو ابن فروح ، عن يحيى - هو ابن أبي كثير - أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عون أن فاطمة بنت قيس أخبرته أن أبا حفص بن المغيرة طلقها ثلاثا، ثم انطلق إلى اليمن، وذكرت الخبر.

اعتراض آخر ورد عليه :

وقال ابن حزم ولا يعترض علينا، أيضا، بأننا كيف أجزنا طلاق الغائب وأوقعناه ، حين بلوغه للمطلقة، مع أن القاعدة عندنا أن الطلاق إلى أجل باطل ولا يقع الطلاق بصفة ؛ لأن كل طلاق لا يقع حين يوقع فمن المحال أن يقع حين لم يوقع ؛ لأننا نجيب على هذا الأعتراض بأن الله عز وجل علمنا الطلاق في كل صنف من المطلقات ، وفي المطلقة الصغيرة التي لم تخاطب ، والمجنونة، وهما لا يلزم خطابهما بالطلاق . وقد يطلق المطلق عند باب الدار، ويبعث إليها بالخبر . وعلى أذرع منها . وإذا جاز ذلك فلا فرق بين الطلاق في البعد ، ولو أقصى المعمور ، وبين الطلاق خلف حائط ، وليس ذلك طلاقا إلى أجل . إنما هو كله طلاق لازم إذا بلغها ، أو بلغ أهلها ، إن كانت ممن لا تخاطب ، فيقع بذلك حل النكاح كما يقع بالفسخ ، ولا فرق . وبالله تعالى التوفيق(١) .

الشيعة الأمامية

تفويض الطلاق

الراجح أن الطلاق لا يقع بالتخيير

لو خير الزوج زوجته بين الطلاق أو البقاء معه بلفظ : اختاري نفسك، فقالت الزوجة على الفور : « اخترت نفسي » لا يقع الطلاق . وهذا هو أصح القولين .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٩٧ ، ١٩٨ مسألة رقم ١٩٦٢

دليل هـذا الرأى

استدل لهذا الرأى بقول الصادق (ع) « ماللناس والخيار . إنما هذا شىء خص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم » .

الرأى الآخر

وذهب ابن الجنيد إلى وقوع الطلاق لصحيحة حمران عن الباقر (ع): « المخيرة تبين من غير طلاق(١) »

التوفيق بين الرأيين

حمل أصحاب الرأى الأول حديث « المخيرة تبين من غير طلاق » على أن التخيير المراد فى الحديث ما كان بسبب غير الطلاق كتدليس وعيب .

توكيل الزوجة فى تطليق نفسها

وأجاز الشيعة توكيل الزوج زوجته فى طلاق نفسها وغيرها كما يجوز توليها غير عقد الطلاق من العقود : لأنها كاملة الأهلية ، فلا وجه لسلب عبارتها فيه ، ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة فى حالة توكيلها بتطليق نفسها: لأن المغايرة الاعتبارية كافية والطلاق مما يقبل النيابة، فلا خصوصية للنائب . أما قوله صلى الله عليه وسلم : « الطلاق بيد من أخذ بالساق » فلا ينافى جواز توكيلها فى تطليق نفسها : لأن يدها مستفادة من يد الزوج فضلا عن أن دلالة الحديث على الحصر ضعيفة(٢) .

الاستثناء فى الطلاق

المذهب الحنفى

الاستثناء فى الأصل نوعان : وضعى ، وعرفى .

الاستثناء الوضعى : الاستثناء الوضعى هو أن يكون بلفظ موضوع للاستثناء وهو كلمة: إلا ، وما يجرى مجراها، نحو: سوى، وغير، وأشباه ذلك

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ ص ١٤٨

(٢) المصدر السابق ص ١٤٦

الاستثناء العرفى

وأما الاستثناء العرفى ؛ فهو تعليق بمشئة الله تعالى : وأنه ليس باستثناء فى الوضع ؛ لانعدام كلمة الاستثناء، بل الموجود كلمة الشرط. إلا أنهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع، قال الله تعالى: « إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون » أى : ولا يقولون : إن شاء الله تعالى ، ولأن بين الاستثناء العرفى والوضعى مناسبة فى معنى ظاهر لفظ الاستثناء، وهو: المنع والصرف ، دون الحقيقة، فأطلق اسم الاستثناء عليه .

وبعض فقهاء الأحناف قالوا : الاستثناء نوعان : استثناء تحصيل ، واستثناء تعطيل ، فسمى الاستثناء الوضعى استثناء تحصيل ؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا . وأطلق على الإستثناء العرفى تعطيل؛ لأن به يتعطل الكلام.

تعريف الاستثناء الوضعى

الاستثناء الوضعى : هو تكلم بالباقى بعد الثنيا . ولهذا فهم من قوله تعالى ؛ « فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما » أنه لبث تسعمائة وخمسين عاما.

الاستثناء العرفى

ويندرج تحته التعليق بالشروط سواء أكان تعليقا على شرط يمكن الوقوف عليه ،ويعلم وجوده ، أو كان مما لا يعلم .

شروط صحة الاستثناء

لصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين ، وبعضها يخص أحدهما أما الذى يعمهما جميعا فهو :

١ — أن يكون الاستثناء موصولا بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة، فلو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من غير ضرورة لا يصح ؛ لأن الأصل أن كل كلام تام بنفسه ؛ فإن كان مبتدأ وخبرا، فالأصل الا يقف حكمه على غيره . والوقف عن الوصل لضرورة ، وهى ضرورة استدراك

الغلط . والضرورة تندفع بالموصول، فلا يقف عند عدم الوصل. ولهذا لم يقف على الشرط المنقطع ، فكذا على الاستثناء المنقطع، ولأنه إذا لم يكن الكلام موصولا لا يعتبر الأخير استثناء من المتقدم لغة ؛ لأن العرب لم تتكلم به . ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه . أما ما روى منسوباً لعبد الله بن عباس من قوله : إن وصل الاستثناء بما قبله من الكلام ليس بشرط ، فإنه يصح متصلا ومنفصلا، فهذه الرواية غير صحيحة؛ لأنه كان إماماً فى اللغة كما كان إماماً فى الشريعة .

وأما القول بأن الاستثناء فى معنى التخصيص؛ لأن كل واحد منهما بيان والتخصيص يصح مقارناً ، ومتراخياً ، فكذا الاستثناء يجب أن يكون متصلا ، ومنفصلا، فهذا القول لا تسلم به على الإطلاق ؛ لأن التخصيص المتراخى عند بعض فقهاء الأحناف ليس ببيان ، بل هو فسخ ، فلا يلزم . وعند بعض آخر منهم هو بيان ، لكن إلحاق البيان بالمجمل العام ، الذى يمكن العمل بظاهره متراخياً ، مشهور عندهم، وأنه كثير النظير فى كتاب الله عز وجل. وأما الاحتجاج بما روى من أن الرسول، صلى الله عليه وسلم، استثنى بعد فاصل بين كلامه الأول والأخير ، وذلك فى قوله صلى الله عليه وسلم : والله لاغزون قريشاً ، ثم قال بعد سنة : إن شاء الله تعالى ، فلا حجة فيه؛ لأن الرسول أراد بهذا القول استدراك الاستثناء المأمور به فى كتاب الله العزيز؛ إذ قال عز وجل : « ولا تقولن لشيء إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله » أى إلا أن تقول إن شاء الله، فنسى ذلك ، فتذكره بعد سنة ، فأمر باستدراكه بقوله سبحانه وتعالى : « واذكر ربك إذا نسيت » ويحتمل أنه (ص) أضمر فى نفسه أمراً وأراده فى قلبه وعزم عليه فأظهر الاستثناء بلسانه، فقال: إن شاء الله ومثل هذا معتاد فيما بين الناس، فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال. أما الفصل إذا كان لضرورة فلا يعتبر فاصلا يمنع صحة الاستثناء كالفصل لضرورة النفس .

٢ — أن يكون الاستثناء مسموعاً. وقد ذكر الكرخى أن ذلك ليس

بشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وإن لم يكن مسموعاً .

وقال الكرخي : إن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً ، فإن الأصم يصح استثناؤه وإن كان لا يسمع . لكن الصحيح أن الاستثناء لا بد لصحته أن يكون مسموعاً ؛ لأن الحروف المنظومة وإن كانت كلاماً عند الكرخي لكنها في الواقع هي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام في الغالب والشاهد جميعاً فلم توجد الحروف المنظومة ههنا ؛ لأن الحروف لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص . فإذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف ، فلم يوجد الكلام عند باقي فقهاء الأحناف ، فلم يكن استثناء .

الشروط التي تخص الاستثناء الوضعي :

١ — أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه، لا كله ؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، ولا يكون تكلما بالباقي إلا أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ، ولأن الاستثناء يجري مجرى التخصيص ؛ والتخصيص يرد على أفراد العموم لا على الكل ؛ لأن ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً ، وكذا الاستثناء نسخ الحكم ، ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته ، والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ ، فبطل الاستثناء .

استثناء البعض من الكل :

يصح استثناء البعض من الكل ، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه ، أو أكثر عند عامة العلماء ، وعامة أهل اللغة ، وروي عن أبي يوسف : أنه لا يصح استثناء الأكثر من الأقل وهو قول الفراء . ووجه قولهما : أن الاستثناء من باب اللغة ، وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء من الأقل ، ولأن الاستثناء وضع في الأصل لاستدراك الغلط ، والغلط يجري في الأقل لا في الأكثر

رد هذا القول :

وقد ناقش أصحاب الرأى القائل بصحة استثناء البعض من الكل، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر ، رأى أبى يوسف والفراء؛ فقالوا.

إن أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، من غير فصل بين الأقل والأكثر، إلا أنه قل استعمالهم الاستثناء فى مثله؛ لقلة حاجتهم ؛ لقلة وقوع الغلط فيه ، وهذا لا يكون منهم إخراجا للفظ من أن يكون استثناء حقيقة، كمن أكل لحم الخنزير.. لا يمتنع أحد من أهل اللسان من إطلاق القول بأنه أكل لحم الخنزير، وإن كان يقل استعمال هذه اللفظة، لكن قلة استعمالها لقلة وجود الأكل ، لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة ، كذا هذا .

تفريعات :

وعلى الرأى الراجح تقع طلقة بقول الزوج لامرأته : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وتقع ثنتان لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وتقع ثلاثا لو قال: إلا ثلاثا ؛ لأن الاستثناء لم يصح فى الحالة الأخيرة ؛ لأنه استثناء الكل من الكل ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : جاز استثناء الأولى والثانية ، وبطل استثناء الثالثة، وتلزمه واحدة . وعلل لرأيه هذا بأن استثناء الأولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح ، إلا أنه لو سكت عليه لجاز ، فأما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل، فلم يصح ، فالتحق بالعدم ،فيقع واحدة .

وجهة نظر أبى حنيفة ومحمد :

قال أبو حنيفة ومحمد : إن أول الكلام فى الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ؛ كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثا ، ولأنه لما قال : واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كأنه قال إلا ثلاثا .

أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا :

ولو قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا ، فإنه يقع ثلاث بالاتفاق ويبطل الاستثناء ؛ لأن الاستثناء ، إذا كان موصولا ، يقف أول الكلام على آخره ، فكان الاستثناء راجعاً إلى الكل فبطل ؛ ولأنه ذكر جملتين ، وجمع بين كل جملة بحرف الجمع ، فكان استثناء الجملة من الجملة ، فلا يصح .

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى منه :

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى يصح الاستثناء ، ولا تطلق ، وإن أتى على جميع المسمى نحو أن يقول : نسائى طوالق إلا هؤلاء . وليس له نساء غيرهن ، فإنه يصح الاستثناء ، ولا تطلق واحدة منهن ؛ لأن الاستثناء يعتبر فيه اللفظ ، والإشارة مع التسمية مختلفان لفظاً ، فصح الاستثناء ، (بخلاف قوله : نسائى طوالق إلا نسائى) ، ولأن عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائى طوالق . وهـــذا معناه إضافة الطلاق إلى غير هؤلاء .

رأى آخر :

إنه لو كان عدد نسائه أربعاً وقال : نسائى طوالق إلا هؤلاء . فإنه لا يصح الاستثناء ، ويطلقن كلهن ؛ لأنه لا يتصور استثناء غيرهن . فصار كما لو قال : نسائى طوالق ، ولا نساء له وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن ؛ فيصير التقدير كأنه قال : نسائى إلا نسائى طوالق ، ولو قال ذلك طلقن ، كذا هذا .

الاستثناء يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذى يصح وقوعه :

لو قال رجل لزوجته : أنت طالق عشرا إلا تسعا ، يقع واحدة ؛ إذا الأصل أنه إذا تكلم بالطلاق بأكثر من الثلاث ، ثم استثنى منه ، فالاستثناء

يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذى يصح وقوعه،وهو الثلاث خاصة، فيتبع اللفظ لا الحكم ، فلا يثبت الحكم فى القدر المستثنى ويثبت فيما بقى قدر ما يصح ثبوته ؛ لأنه تكلم بالباقى بعد الثنيا .

أنت طالق عشرا إلا سبعا ، أو إلا خمسا :

ولو قال أنت طالق عشرا إلا سبعا ، أو إلا خمسا، أو أربعا، أو ثلاثا ، أو اثنتين، أو واحدة ، يقع ثلاث ؛ لأن الثلاث هى التى يصح وقوعها مما بقى إذ لا يزيد الطلاق على الثلاث .

الاستثناء من الاستثنـــاء :

الأصل فى مسائل الاستثناء من الاستثناء أن لتخريجها طريقين هما :

الأول : أنه ينظر إلى الاستثناء الأخير فيجعل استثناء مما يليه ، ثم ينظر إلى ما بقى منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه ، وهكذا إلى الاستثناء الأول ثم ينظر إلى الباقى من الاستثناء الأول فيستثنى ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو الواقع . فإذا قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة تستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنيهما من الثلاثة فتبقى واحدة . كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين ، وهكذا[1] .

الثانى : أن يرجع إلى عقد اليد ، وهو أن تعقد العدد الأول بيمينك ، والثانى بيسارك ، والثالث تضمه إلى ما فى يمينك ، والرابع بيسارك تضمه إلى مايسارك ، ثم تطرح ما اجتمع فى يسارك من جملة ما اجتمع فى يمينك ، فما بقى فى يمينك فهو الواقع[2] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٢) المصدر السابق .

المذهب المالكى

الاستثناء فى الطلاق

الاستثناء الوضعى

قال المالكية بصحة الاستثناء فى الطلاق بإلا وأخواتها، وهى: سوى، وخلا، وعدا، وحاشا، بشروط هى :

شروط صحة الاستثناء

يشترط المالكية لصحة الاستثناء بإلا وأخواتها ما يأتى :

١ — الاتصال ، بمعنى أنه يتصل المستثنى بالمستثنى منه، وهو المحلوف به، فلو فصل بينهما بالمحلوف عليه ضر ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار إلا اثنتين . وقال بعض المالكية : المراد بالاتصال هو أن يتصل بالمحلوف به ، أو المحلوف عليه نحو : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إن دخلت الدار ، أو أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار إلا اثنتين . وهما قولان فى المذهب[1] .

ولا يضر الانفصال الاضطرارى كالفصل بسعال وللتنفس وما ماثله لأن هذا فى حكم المتصل .

٢ — ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه فان استغرقه نحو أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا بطل الاستثناء، ولزم المستثنى منه كله ولا فرق بين المستغرق بالذات ، أو التكميل كطالق ثلاثا إلا اثنتين وربعاً .

٣ — أن يقصد الاستثناء والإخراج ، فان جرى الاستثناء على لسانه من غير قصد بطل الاستثناء ولزوم المستثنى منه كله .

٤ — أن يتلفظ بالاستثناء وينطق به ، ولو سراً ، إلا إذا كان الحلف

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٨٨ .

متوثقاً به فى حق من الحقوق فلا ينفع الاستثناء إذا كان سراً ؛ لأن اليمين على نية المحلف .

فروع :

وفرع المالكية على ما تقدم من الشروط فقالوا : فى ثلاث إلا ثلاثا إلا واحدة تقع اثنتان : لأن استثناء الثلاث من نفسها لغو فصار كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة . ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق البتة إلا اثنتين إلا واحدة لزمه اثنتان ، لأن البتة ثلاث والاستثناء من النفى إثبات له وعكسه فقوله بتة إثبات لثلاث طلقات وقوله . إلا اثنتين ، نفى اخرج منه بقى واحدة ثم أثبت من الاثنتين واحدة فتضم الأولى فاللازم اثنتان .

أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين :

وقال المالكية بوقوع طلقة واحدة فى قول الرجل لامرأته : أنت طالق واحـــدة ، واثنتين إلا اثنتين. إن كان الاستثناء من الجميع (المعطوف والمعطوف عليه) ؛ لأنه اخرج اثنتين من ثلاث فالباقى واحدة وإذا اعتبرنا الإخراج ليس من الجميع (المعطوف والمعطوف عليه) بل من الأول ، أو من الثانى ، أو لا نية له، فالواقع ثلاث فى الصور الثلاث على الراجح فى الصورة الثالثة ؛ لبطلان الاستثناء فى الأولين : لاستغراقه ، واحتياطاً للفروج فى الصورة الثالثة — وقيل يلزمه طلقة واحدة فى الصورة الثالثة[1] .

ما زاد على الثلاث لا يعتبر :

ولو كان المستثنى منه أزيد من عدد الثلاث الطلقات، فهل يعتبر فى الاستثناء أو يلغى ويعتبر الاستثناء من ثلاث فقط ؟ رأيان لسحنون ... الأول :

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٨٩ .

إلغاء ما زاد على الثلاث ، فلا يستثنى منه ؛ لأنه معدوم شرعاً ، فهو كالمعدوم حساً. والرأى الثانى هو اعتبار الزائد عن الثلاث ، فيستثنى منه ؛ نظراً لوجوده لفظاً ؛ فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق خمساً إلا اثنتين فعلى الأول يلزمه واحدة ، وعلى الثانى يلزمه ثلاث . والرأى الثانى هو الأرجح. وقد رجع اليه سحنون ، واستظهره ابن رشد ، قال فى التوضيح . وهو الأقرب ، وقال ابن عبدالسلام :أنه هو الأقوى فى النظر [1] .

المذهب الشافعى

الاستثناء فى الطلاق

حكمه

جوز الشافعية الاستثناء فى الطلاق ؛ لوروده فى القرآن والسنة وكلام العرب. وهو الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها ، ثم قسموه إلى ضربين : ضرب يرفع العدد لا أصل الطلاق كالاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها ، وضرب يرفع أصل الطلاق كالتعليق بالمشيئة . وهذا يسمى استثناء شرعياً لاشتهاره فى عرف الشرع . وسميت كلمة المشيئة استثناء لصرفها الكلام عن الجزاء والثبوت حالا من حيث التعليق بما لا يعلمه إلا الله .

شروط صحة النوع الأول :

والاستثناء الذى يرفع العدد لا أصل الطلاق له شروط هى :

١ — اتصال لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفا بحيث يعد كلاما واحداً ، ولا يضر فى الاتصال سكتة تنفس ، وعى ، أو تذكر ، أو انقطاع صوت ؛ لأن ذلك لا يعد فاصلا بخلاف الكلام الأجنبي ولو يسيراً

٢ — نية الاستثناء . فلا يكفى التلفظ به من غير نية ، بل لا بد من أن ينوى قبل فراغ اليمين فى الأصح .

(١) المصدر السابق.

٣ — التلفظ بالاستثناء بحيث يسمع نفسه عند اعتدال سمعه . فلا يكفى أن ينويه بقلبه ، ولا أن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه، فإن ذلك لا يؤثر ظاهراً قطعاً ولا يدين على المشهور .

٤ — ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه ، بمعنى أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله حتى لا يفضى إلى اللغو ؛ فلو قال الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وواحدة تقع واحدة ـ ويلغو ما حصل به الاستغراق ، وهو واحدة المعطوفة على ثنتين ؛ لحصول الاستغراق بها ، بناء على عدم جمع العدد المعطوف بعضه على بعض . وقيل يقع ثلاث بناء على جمع المستثنى فيكون مستغرقا، فيبطل الاستثناء .

ولو قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة فتقع واحدة ، ويلغو استثناء الواحدة من الواحدة لاستغراقه . وقيل يقع ثنتان بناء على جمع المستثنى منه ، فتكون الواحدة مستثنى من الثلاث .

ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة طلقت واحدة لجواز الجمع ؛ إذ لا استغراق . ولو قال : أنت طالق واحدة ثم واحدة ، بل واحدة لا واحدة وقع ثلاثا جزما ؛ لأنه استثنى واحدة من واحدة وهو مستغرق فلا يجمع .

تنبيه

الاستثناء من نفى إثبات، ومن إثبات نفى ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين إلا طلقة ، فثنتان ؛ لأن المستثنى الثانى مستثنى من الأول، فيكون المستثنى فى الحقيقة واحدة . ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنين ، فثنتان تقع ، وقيل ثلاث ؛ لأن الاستثناء الأول مستغرق فيلغو ، والثانى مرتب عليه فيلغو، أيضاً ، وقيل تقع طلقة ؛ لأن الاستثناء الثانى صحيح فيعود إلى أول الكلام .

ولو قال : أنت بائن إلا بائنا أو إلا طالقا، ونوى بأنت بائن الثلاث ، وقع طلقتان ، اعتبارا بنيته ، فهو كما لو تلفظ بالثلاث واستثنى واحدة[1] .

لو زاد المطلق على العدد الشرعى

لو زاد المطلق على العدد الشرعى من الطلاق واستثنى انصرف الاستثناء إلى اللفظ المذكور ، لا إلى العدد الشرعى ؛ لأن الاستثناء لفظى ، فيتبع فيه موجب اللفظ ، فلو قال رجل لزوجته : أنت طالق خمسا إلا ثلاثا تقع طلقتان ، ولو قال لها : أنت طالق أربعا إلا ثلاثا وقعت طلقة ، وهكذا . ولو قال لها : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فثلاث تقع بناء على أن المستثنى منه لا يجمع مفرقة[2] » .

المذهب الحنبلى

الاستثناء فى الطلاق

شروط صحة الاستثناء

اشترط الحنابلة لصحة الاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها ، وهى : غير ، وسوى ، وليس ، وعدا ، وخلا ، وحاشا ، ما يأتى :

١ — ألا يكون المستثنى مستغرقا المستثنى منه : لأنه يرفع حكم اللفظ كله ، فيصير الجمع لغوا ، فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق ، وإذا كان كذلك سقط الاستثناء ووقع الطلاق : فمن قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو طلقة لا تلزمك وقع فى الأول ثلاث وفى الثانى طلقة .

٢ — ألا يكون المستثنى أكثر من الباقى بعد الاستثناء فمن قال لزوجته :

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣٠٢ وأسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٢) المصادر السابقة .

أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وقع ثلاث — فإذا ساوى المستثنى ما بقى بعد الاستثناء، كأن يقول لزوجته : أنت طالق طلقتين، إلا طلقة ففيه وجهان .

٣ — أن يتلفظ بالاستثناء فإذا طلق زوجته بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق، ولم ينفعه الاستثناء ؛ لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره، فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ : فإن اللفظ أقوى من النية .

الاستثناء من الاستثناء

والاستثناء من الاستثناء لا يصح منه عند الحنابلة فى الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهى قوله : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة . فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان . ورد الحنابلة على اعتراض ملخصه : أنه كيف تجيزون استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها : فقالوا : لقد أجزنا ذلك ؛ لأنه لم يسكت عليهما، بل وصلهما بأن استثنى منها طلقة، فصار عبارة عن واحدة .

٤ — اتصال المستثنى بالمستثنى منه اتصالا معتادا، ولا يضر الفاصل للضرورة، كسعال وعى ونحوه، فالكلام، فى هذه الحالة، متصل حكما .

٥ — أن ينوى الاستثناء، فلو جرى على لسانه عفوا دون أن ينوى الاستثناء لم يعتد به[1] .

التفريق بعدم الانفاق على الزوجة، وبالعيب

وبسبب الضرر، والغيبة، والحبس

اقتضت حكمة الشريعة الغراء أن يكون الطلاق بيد الزوج لمعان كثيرة كلها تدور حول الحفاظ على دوام عقد الزواج وإحاطة الحياة الزوجية

---

(١) منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٤٥ .

بجو من الاستقرار والهدوء . وتحقيقا للعدالة بين الزوجين ونتاجهما البشرى من بنين وبنات . واتماما لهذه العدالة أعطى الشارع للزوجة الحق فى المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها اذا كان به عيب من العيوب التى تفوت بها ثمرات الزواج ، أو تختل بها عشرة الزوجية ، أو كان الزوج معسرا بالنفقة ، أو ممتنعا من الإنفاق عليها بغير حق ، أو اذا لقيت من زوجها رهقا ، وعنتا ، أو أصبح يضارها ويؤذيها وامتنع عن طلاقها بالمعروف ؛ فإن امتناعه فى هذه الحالات عن طلاقها يعتبر ظلما ، ويجب على القاضى أن يخلصها منه ، ويفرق بينها وبينه ؛ لأن مهمة القضاء هى رفع الظلم ، واحقاق الحق ، والنظر فى مصالح الناس .. الدينية ، والدنيوية .

وسنذكر الحالات التى يجوز للقاضى أن يطلق فيها الزوجة على زوجها بناء على طلبها وهى :

١ — التطليق لعدم الإنفاق .

٢ — التطليق لعيب بالزوج .

٣ — التطليق للضرر .

٤ — التطليق لغيبة الزوج عن زوجته بلا عذر مقبول .

٥ — التطليق لحبس الزوج .

التطليق لعدم الإنفاق

المذهب الحنفى

المذهب الحنفى لا يجيز التطليق

المذهب الحنفى لا يجيز تطليق الزوجة على زوجها بسبب إعساره بنفقتها أو امتناعه من الإنفاق عليها . ويرى أنه إذا كان الزوج معسرا استدانت الزوجة عليه بأمر القاضى ، وأن كان ممتنعا من الإنفاق عزره القاضى وحبسه .

أدلة الأحناف

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

فمن الكتاب : قول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا(١) » .

كما استدلوا بقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة(٢) » .

وجه الاستدلال

الآية الأولى : أبانت أن الإنفاق على الزوجة حسب القدرة والسعة . وأن من ضيق عليه فعليه الإنفاق قدر طاقته ، وأن الزوج لا يكلف الا بقدر ما أعطاه الله من الرزق . وليس فى الآية ترتيب آثار ضد الزوج نتيجة عدم إنفاقه على زوجته لاعساره .

والآية الثانية . نصت على أن من أعسر فعلينا تأخيره وإمهاله ؛ فالنظرة اسم من الإنظار، وهو الإمهال: يقال نظره وانتظره ، وتنظره ، تأنى عليه وأمهله . وهذا الحكم عام فى كل دين ، ومنه دين النفقة .

ومن السنة

كما قال الأحناف : إنه لم ينقل عن الرسول، صلى الله عليه وسلم، أنه طلق الزوجة على زوجها لإعساره أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع العلم أن أكثر الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين كانوا فقراء معسرين . كما لم يثبت عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أن التفريق حق للزوجة فى هذه الحالة، فدل ذلك على عدم جواز التفريق للإعسار وعدم الإنفاق .

---

(١) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق .
(٢) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

المعقول : قال الأحناف: إن عدم إنفاق الزوج على زوجته إن كان لفقره، وعجزه عن الإنفاق عليها فهو معذور، فلا ظلم منه لزوجته ، ويجب انتظار ميسرته ، وتفرض عليه النفقة، وتستدين عليه الزوجة ، ويرجع من يدينها على زوجها إذا أيسر. فيكون تطليق زوجته عليه ظلما في هذه الحالة . وإن كان عدم إنفاقه عليه تعنتا مع يساره يحبسه القاضي حتى ينفق عليها . وبذلك تتمكن الزوجة من الحصول على نفقتها .

المذهب المالكي

التطليق للإعسار

تطليق المرأة لعجز زوجها عن النفقة:

أجاز المالكية التطليق لعدم الإنفاق فقالوا : إن للزوجة الحق في طلب فسخ العقد بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة . ومثلها الكسوة . ولها أن تبقى معه إن عجز عن نفقة ماضية بشرط ألا تكون عالمة ، عند العقد ، أنه فقير معسر وإلا فليس لها الفسخ حينئذ إلا إذا كان مشهورا بالعطاء وانقطع . وكذلك لا حق لها في الفسخ إذا علمت أنه من السؤال الطائفين بالأبواب ودخلت على ذلك راضية به ، الا اذا تركه فلها الفسخ .

قال الدسوقي في حاشيته : وحاصل فقه المسألة : أن الزوج إذا امتنع من النفقة ، وطولب بها فإما أن يدعي الملاءة ، ويمتنع من الإنفاق ، واما ألا يجيب بشيء واما أن يدعي العجز . فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا . وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق : فقيل : يعجل عليه الطلاق ، وقيل يحبس ، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه . وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر، والا أخذ منه . وإن ادعى العجز فإما أن يثبت العجز أولا . فإن لم يثبت العجز فيقال له : طلق أو أنفق . فان امتنع من الطلاق والإنفاق ، فقيل يتلوم له (أى يمهل) ثم يطلق عليه ، وقيل لا يتلوم له (أى لا يمهل) بل يطلق عليه حالا ، والثاني هو المعتمد . وإن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم يطلق عليه[1] بعد فراغ مدة التلوم وعدم وجدان النفقة والكسوة » .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٥١٨ ، ٥١٠ .

ماتقدم كان فى الزوج ، الذى ثبت عسره وتلوم له ، حاضرا . أما الغائب الذى لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فالرأى المعتمد فى المذهب أنه يطلق عليه للعسر بالنفقة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء دعى إلى الدخول أولا ، خلافا لما فى بهرام، حيث قال : لابد من دخوله ، أودعوته له — فالمعتمد فى المذهب أن الدخول والدعوة له إنما يشترط فى إيجاب النفقة على الزوج إذا كان حاضرا لا غائبا .

كيفية إثبات عسر الغائب

والغائب يثبت عسره إذا لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فإذا لم يعلم محله ومكانه أو كانت غيبته عشرة أيام فأكثر تلوم (أى أمهل) له الحاكم بما يراه من مدة من غير تحديد بيوم أو أكثر ولا يؤمر بالنفقة بحيث يقال له إما أن تنفق أو تطلق إذ لا فائدة فى أمره بها لأن الغرض ثبوت عسره . أما إذا كانت غيبته قريبة كثلاثة أيام فانه يعذر إليه بأن يرسل إليه : إما أن تنفق على زوجتك ، أو يطلق عليك .

إذا كان الزوج يملك ما يمسك الحياة

وقال المالكية : إذا وجد الزوج ما يمسك عليه الحياة خاصة فانه يطلق عليه إذ لاصبر للزوجة على مثل ذلك عادة .

لا تطليق إذا وجد القوت

أما إن قدر على القوت كاملا ولو من خشن المأكول « أوخبز بغير أدم » فلا تطلق عليه . وكذلك لو وجد من الكسوة ما يوارى جسدها ولو من الخيش ، أوالصوف ، أو دون مايلبسه فقراء بلدتها . ولو كانت غنية لا تلبس مثل هذا الموجود . وهذا هو الرأى المشهور ، خلافا لأشهب .

الطلاق للإعسار رجعى

للزوج الذى طلق الحاكم عليه لاعساره مراجعة زوجته المدخول بها إن وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها ، عادة ، لا دونه . وإلا فليس له الرجعة . بل لا تصح ، ولو رضيت ، كما فى السليمانية عن سحنون . خلافا لمن

قال بصحة الرجعة فى هذه الحالة ان رضيت ؛ لأن الطلقة التى أوقعها الحاكم إنما كانت لاجل ضرر فقره ، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار[١] .

المذهب الشافعى

التطليق لعدم الإنفاق

يرى الشافعية ، فى الرأى الراجح عندهم ، كما يرى المالكية ، أن للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها إذا أعسر هو ، أو من يقوم مقامه من فرع أو غيره ،عن، نفقتها المستقبلة ، كأن يتلف ماله مثلا .

امتناع الموسر عن النفقة

أما الموسر فإذا امتنع عن الإنفاق على زوجته وطلبت التطليق فالأصح أن لا فسخ سواء كان زوجها حاضرا أو غائبا لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم ، أو بيدها إن قدرت ، فإن لم يعرف مكان إقامة الزوج بأن غاب وانقطع خبره فنقل الزركشى عن صاحبي المهذب والكافى وغيرهما أن لها الفسخ . ونقل الرويانى فى التجربة عن نص الأم أنه لا فسخ مادام الزوج موسرا، وإن غاب غيبة منقطعة، وتعذر استيفاء النفقة من ماله. قال الاذرعى: وغالب ظنى الوقوف على هذا النص فى الأم ، فإن ثبت له نص يخالفه فذاك ، وإلا فمذهبه المنع بالتعذر كما رجحه الشيخان . وقال صاحب مغنى المحتاج : وهذا أحوط ، والأول أيسر[٢] .

إذا جهل حال الزوج :

إذا غاب الزوج وجهل حاله فى اليسار والإعسار ، فلا فسخ : لأن السبب لم يتحقق . وقال الرافعى : لو شهدت البينة أنه غاب معسرا فلا فسخ كما

(١) المصدر السابق ص ٥١٩ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٤٤٢ ؛ وراجع اسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٩ ص٩ .

أفتى به ابن الصلاح ؛ استصحابا لدوام النكاح . فلو شهدت باعساره الآن بناء على الاستصحاب جاز لها ذلك إذا لم تعلم زواله ، وجاز الفسخ حينئذ . فإن عاد الزوج وادعى أن له مالا بالبلد خفى على بينة الإعسار ، لم يؤثر إلا أن يثبت أنها تعلمه ، ويقدر عليه ، فيتبين بطلان الفسخ . قاله الغزالى فى فتاويه .

الزوج موجود — والمال غائب

ولو حضر الزوج ، وغاب ماله ، فإن كان غائبا بمسافة القصر فأكثر فللزوجة الفسخ ، ولا يلزمها الصبر ؛ للضرر ، كما فى نظيره من فسخ البائع عند غيبة الثمن . ولو طلب الإمهال لإحضار المال ، وكان دون مسافة القصر ، فلا فسخ لها ، ويؤمر بالإحضار بسرعة ؛ لأن ما دون مسافة القصر كالحاضر فى البلد .

تنبيه

ما تقدم إذا لم ينفق الزوج على زوجته بنحو استدانة ، فإن انفق فلا فسخ لها .

تبرع شخص بالنفقة

ولو تبرع أجنبي بالانفاق على الزوجة بدلا من زوجها المعسر فلها الفسخ ولا يلزمها القبول ؛ منعا للضرر عنها . اما اذا كان المتبرع بالنفقة أما أو جدا والزوج تحت حجره ، وجب عليها القبول ، كما قال الاسنوى . وألحق به الأذرعى ولد الزوج وسيده .

رأى آخر

حكى ابن كج أنه لا خيار لها لوكان المتبرع بالنفقة أجنبيا عن الزوج . وبه أفتى الغزالى ؛ لأن المنة على الزوج لا عليها . وكذلك لو سلم المتبرع

النفقة للزوج ثم سلمها الزوج للزوجة لم يفسخ كما صرح بذلك الخوارزمى[1]

المذهب الحنبلى

التطليق لعدم الإنفاق

المعسر

أجاز الحنابلة لزوجة الرجل اذا أعسر أن تبقى معه ، وتصبح نفقتها دينا فى ذمته ، وبين أن تطلب إلى القاضى تطليقها على زوجها لاعساره . وقرر الحنابلة: أنه يستوى، فى الإعسار، أن يعسر بالقوت والمسكن، أو بأحدهما، أو اذا صار الزوج لايجد النفقة لزوجته الا يوما دون يوم ؛ لأن الضرر يلحق الزوجة فى كل ذلك ، فالبدن لايقوم بدون كفايته «فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» والإمساك مع ترك النفقة ليس امساكا بالمعروف . ولحديث أبى هريرة مرفوعا : «فى الرجل لا يجد ماينفق على امرأته قال: يفرق بينهما» . رواه الدار قطنى . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر كتب إلى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .. وقال الحنابلة : إن الضرر الذى يصيب المرأة لعدم الإنفاق عليها أقل من الضرر الذى يصيب المعسر بتطليق زوجته عليه فتملك الزوجة الفسخ لهذا السبب فورا ، ومتراخيا ؛ لأنه خيار لدفع ضرر فأشبه خيار العيب فى البيع .

لو رضيت بالإعسار لا يسقط حقها فى الفسخ

وقال الحنابلة: لو رضيت المرأة بعسرة زوجها ؛ أو تزوجته عالمة بعسرته فلها الفسخ ؛ لأن النفقة تتجدد يوما بيوم .

---

(١) تراجم المصادر السابقة ذات الجزء والصفحة .

امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق

لو امتنع موسر من الانفاق على زوجته ، ولم تقدر أخذ ما وجب لها من نفقة وكسوة أو بعضها من ماله . فلها رفع أمرها إلى حاكم فيأمره بدفعه لها ، فإن امتنع اجبره الحاكم على الدفع ، فإن أبى حبسه حتى يدفع النفقة. فإن غيب ماله وصبر على الحبس ، فللزوجة الفسخ : لتعذر النفقة عليها من جهته كالمعسر .

غياب الموسر وتعذر النفقة

ولو غاب موسر وتعذر الانفاق على زوجته بأن لم يترك لها نفقة ، ولم يظهر له مال، ولم يمكنها تحصيل نفقتها باستدانة وغيرها، فلها الفسخ : لتعذر الانفاق عليها من ماله كحال المعسر بل أولى ، ولأن فى الصبر ضررا أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته دفعا للضرر .

لابد فى الفسخ من حكم الحاكم

الفسخ للاعسار ، أو للامتناع عن الانفاق ، لابد من طلب الزوجة الفسخ ، وقضاء الحاكم به[1] .

المذهب الظاهرى

التطليق لعدم الإنفاق

لا تطليق لإعسار الزوج

لا يرى الظاهرية التطليق لعدم الإنفاق على الزوجة للإعسار فقد قالوا : ان عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامرأته غنية كلفت الإنفاق عليه ، ولا ترجع بشىء من ذلك إن أيسر ، إلا أن يكون عبدا فنفقته على سيده لا على امرأته . واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . لا تكلف نفسا إلا وسعها . لا تضار والدة بولدها ،

---

(١) منتهى الايرادات للبهوتى جـ ٣ ص ٢٥٣ .

ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال على: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن[١] .

المذهب الشيعى الامامى

لا تطليق بسبب الإعسار

لم أطلع على نص عند الشيعة الإمامية يفيد جواز تطليق القاضى المرأة على زوجها بسبب امتناعه من الانفاق عليها أو بسبب اعساره . بل كل ماقرأته أنهم أوجبوا على الحاكم أن يجبر الزوج الممتنع عن الانفاق على زوجته على أن ينفق ، وله أن يبيع من ماله جبرا عليه ، لينفق منه على الزوجة[٢] .

مجمل أدلة من قال بجواز التطليق لعدم الإنفاق

استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالكتاب، والسنة ،وفعل الصحابة، والمعقول .

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى: « وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن، فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف. ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »[٣] .

وجه الاستدلال

الآية وإن كانت واردة فى المطلقات فإنها تدل على أن الإمساك بالمعروف إذا فات وقت قيام الزوجية بين الزوجين حقيقة ؛ لعدم إنفاق الزوج على زوجته ؛ إما لعجزه عن الانفاق ، أو لامتناعه عن الإنفاق مع يساره

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٥ مسألة رقم ١٩٣٠ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٥ .

(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

يجب على الزوج أن يطلقها ؛ لأن فى بقاء الزوجية واستمرارها مع عدم إنفاقه على الزوجة اضرارا بها . فان لم يفعل ذلك ناب القاضى عنه فى الطلاق إذا طلبت الزوجة منه ذلك دفعا لظلمه ، ومنعا من الاضرار بها .

السنة

حديث أبى هريرة مرفوعا : « فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما » رواه الدارقطنى

فعل الصحابة

قال ابن المنذر ثبت أن عمر كتب إلى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

المعقول

القاعدة العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية : لا ضرر ولا ضرار . كما ورد بذلك الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» وإمساك الزوج زوجته من غير أن يقوم بالانفاق عليها ضرر بها فيزال هذا الضرر بأن يطلقها القاضى من زوجها إن أبى هو طلاقها . وقال الجمهور : إنه ثبت جواز التطليق على الزوج لبعض العيوب التى تظهر فيه عجزا عن مباشرة الحياة الجنسية ، كالجبة والعنة والخصاء ، فبطريق الأولى أن يطلقها بسبب عجز الزوج عن الانفاق على زوجته ، أو لامتناعه عن الانفاق عليها مع يساره وقدرته ؛ لأن الحاجة إلى النفقة متجددة كل يوم ، ويتوقف بقاء الانسان وحياته على النفقه ، وليس الأمر كذلك فى المباشرة الجنسية .

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور

ناقش الحنفية ومن معهم أدلة الجمهور فقالوا :

إن القول بأن هناك حالات يثبت فيها العجز عن مباشرة الحياة الجنسية وأجيز بسببها التطليق كالجب، والعنة ، والخصاء، فبطريق الأولى أن يطلقها

القاضى بسبب عجز الزوج عن الانفاق ، أو الامتناع عنه مع يساره . أجيب بأن الطلاق بسبب العيوب المذكورة متعين لدفع الضرر عن الزوجة ؛ لأن هذه عيوب وأوصاف دائمة ملازمة غير زائلة بخلاف الفقر ، والعجز عن الانفاق، فإنه أمر طارىء زائل لا دوام له؛ إذ لا غنى يدوم . ولا فقر يبقى ، فالقياس إذن قياس مع الفارق.. ومع هذا فلا سبيل إلى دفع الضرر بسبب العيوب الدائمة كالجب والعنة سوى الطلاق. أما عدم الانفاق فيمكن دفعه بغير الطلاق ، بفرض النفقة عليه ، وتستدين بأمر القاضى ، فلو جعلنا كل من افتقر فسخت عليه زوجته لعم البلاء وتفاقم الشر ، وفسخت انكحة كثيرة ، وكان الفراق بيد أكثر النساء، فمن ذا الذى لم تصبه عسرة، ولم تعوزه النفقة أحيانا . ويمكننا منع الظلم عن المرأة بحبس الغنى المماطل فى دفع النفقة لزوجته وتعزيره .

القانون

وقد جعل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مواده من الرابعة حتى السادسة الحق للمرأة فى التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها ، أو لإعساره ، وجعل الطلاق الذى يصدر من القاضى فى هذه الحالة طلاقا رجعيا (م — ٦ من القانون) وألحقت المادة الخامسة زوجة الغائب، والمسجون، بزوجة المعسر فى أن لها الحق أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بشرط ألا يكون لهما مال ظاهر تستطيع الزوجة منه أن تنفق على نفسها. ولم يحدد القانون مدة الغيبة، ولا مدة الحبس ، بل جعل للقاضى حق التطليق بعد الإعذار إلى الزوج وانتهاء المدة المضروبة له ان كان محل اقامته معروفا(١) .

---

(١) جاء فى تعليمات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة المذكورة مانصه :

« تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه وهى :

١ — إذا تصادق الطرفان على الإعسار ، أو أنكرته الزوجة ، واثبته الزوج . وفى هذه الحالة يمهل مدة لاتزيد على شهر ، فإن أنفق فلا تطليق ، وإلا طلق عليه القاضى . بقوله : فسخت نكاحك منه ، أو طلقتك منه .

التطليق بسبب العيب

المذهب الحنفي

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب التناسلية، كالعنة، والجب، والخصاء، فلها خيار الفسخ، وذلك بأن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها، حتى إذا ثبت

= ٢ ــ إذا ادعى الاعسار ولم يثبته لا بمصادقة، ولا ببينة.

٣ ــ إذا سكت ولم يقل إنى معسر أو موسر وأصر على عدم الانفاق وبالأولى إذا قال: إنى موسر، وأصر على عدم الانفاق. وفى هاتين الحالتين الأخيرتين يطلق عليه القاضى، بدون إمهال، بإحدى الصيغتين السابق ذكرها.

وفى كل الأحوال لابد من طلب الزوجة التطليق.

وملخص التعليمات الخاصة بالمادة الخامسة ما يأتى:

١ ــ اذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفعت أمرها الى القضاء فإن كان له مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقه فيه.

(٢) وإن لم يكن له مال ظاهر، ورفعت أمرها للقضاء طالبة التطليق لعدم الانفاق، فبعد أن يثبت المحكمة غيبته، وزوجيتها، وتركها بلا نفقة، وعدم وجود مال ظاهر له ضرب القاضى أجلا للغائب بحسب ما رآه وأعذر اليه أنه اذا لم يرسل فى تلك المدة للزوجة ماتنفق منه على نفسها، أو اذا لم يحضر للإنفاق، يطلق عليه زوجته. وتقرر المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلانه بصورة الإعذار. فإن مضى الأجل المضروب له ولم يرسل لزوجته ماتنفق منه، ولم يحضر للإنفاق عليها، وتحققت المحكمة من وصول الاعلان اليه، طلقها القاضى.

٣ ــ اذا غاب الزوج غيبة بعيدة، ولم يكن له مال ظاهر. وثبتت دعواها، طلقها القاضى عليه بدون ضرب أجل له ولا اعذار اليه.

٤ ــ اذا غاب الزوج غيبة بعيدة، ولم يدر مكانه ورفعت زوجته أمرها للقضاء طالبة الفرقة لعدم الانفاق، ولعدم وجود مال ظاهر له، طلقتها المحكمة بدون ضرب أجل، ولا اعذار، متى أثبتت دعواها.

٥ ــ ومثل الغائب غيبة بعيدة المفقود.

٦ ــ اذا كان الزوج مسجونا، ولم يكن له مال ظاهر، ورفعت الزوجة الأمر الى القضاء طالبة الفرقة لاعساره، وأثبتت ذلك، طلقت المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والاعذار كما فى الحالة الثانية ــ.

تنبيـــه:

يعتبر الزوج غائبا غيبة قريبة اذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل اليه فى مدة لاتتجاوز تسعة أيام. ويعتبر غائبا غيبة بعيدة من ليس كذلك.

ما ادعته من وجود عيب من هذه العيوب بزوجها بأى طريق من طرق الإثبات حكم لها القاضى بالتفريق بينهما بناء على طلبها ؛ لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لاتتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب دائمة، ولايمكن تلافى الضرر الناشىء عنها إلا بالفرقة بين الزوجين، والزوجة ليس بيدها الطلاق حتى تستطيع أن تدفع عن نفسها الضرر بأن تطلق نفسها منه .

الفرقة طلاق بائن

يرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضى بين الزوجين هنا فى هذه الحالة طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج، وعلل الأحناف لرأيهم بقولهم : لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة[١] .

الفرقة فسخ لاطلاق

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة فى هذه الحالة هى فسخ للعقد لايترتب عليها نقص عدد الطلاق ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها .

الزوجة لايفسخ نكاحها بالعيوب

واتفق فقهاء الحنفية على أن الزوج إذا وجد زوجته معيبة بأى عيب تناسلى[٢] أوغير تناسلى فليس له خيار الفسخ، بمعنى أنه ليس له الحق فى أن يرفع أمره للقضاء طالبا الفرقة بينه وبين زوجته وإن طلب ذلك رفض طلبه ، لأن الزوج إذاما تضرر من عيب بزوجته فله أن يتخلص منها ، وأن

---

(١) الهداية على بداية المجتهد ج ٣ وفتح القدير ج٣ص ٢٦٤ .

(٢) العيوب إما تناسلية خاصة بالرجال وهى الجب ، والعنة ، والخصاء — فالجب بفتح الجيم هو استئصال عضو التناسل — والخصاء هى سل الخصيتين أى نزعهما — والعنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة هو عجز الرجل عن الوصول الى النساء ، وإما عيوب تناسلية خاصة بالنساء وهى الرتق (وهو انسداد المحل) والقرن وهو (غدة فى المحل تمنع الجماع) وإما عيوب مشتركة بين الرجال والنساء . كالجنون ، والجذام ، والبرص .

ينهى الزوجية بينهما بالطلاق، حيث جعل الشارع الطلاق بيده وذهب سائر الأئمة - مالك والشافعى وأحمد - إلى أن الزوج له خيار الفسخ إذا ماوجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب وهى : الرتق ، والقرن ، والجنون ، والجذام ، والبرص ؛ لأن هذه العيوب تمنع المباشرة الجنسية ، إما حسا وإما طبعا .

العيوب غير التناسلية

إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا ليس أحد العيوب التناسلية السابق ذكرها (العنة ، والجب ، والخصاء) بأن وجدت به جذاما أو برصا فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا حق لها فى الفسخ ، فلو طلبت من القاضى التفريق بينها وبين زوجها للعيب المذكور يرفض طلبها ؛ لأن هذه العيوب غير التناسلية وإن كانت تنفر منها النفس فهى غير مانعة من حصول مقاصد الزواج فى الجملة ، فلا تتنافى مع مقاصد النكاح ، بخلاف العيوب التناسلية فإنها منافية لتلك المقاصد .

وقال الإمام محمد بثبوت حق الزوجة فى طلب التطليق إذا وجدت بزوجها عيبا كالجذام ، والبرص ، فهى بالخيار بين البقاء وبين أن تطلب الطلاق جبرا عليه إذا لم يطلقها هو بالمعروف تلبية لطلبها منه . وقال أن فى ذلك دفعا للضرر عن المرأة كما فى عيوب : الجب ، والعنة .

دليل الإمام وصاحبه

لم يثبت أبو حنيفة وأبو يوسف للزوجة خيار فسخ العقد بغير عيوب : الجب ، والعنة ، والخصاء ، معللين ذلك بأن الأصل هو عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما ثبت فى الجب ، والعنة ، والخصاء ؛ لأن هذه العيوب مع وجودها أصبح المقصود المشروع له النكاح غير ممكن تحققه ، وهى عيوب مستمرة . أما غيرها من العيوب فغير مخلة بالمقصود المشروع له النكاح ؛ لأن المستحق للزوجة هو التمكن من الوطء وهو غير ممتنع مع وجود هذه العيوب بخلاف عيوب : الجب ، والعنة ، والخصاء . فافترقا[1] .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٨ .

شروط التفريق بعيوب الزوج التناسلية

الجب

قال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب التفريق بينها وبينه ، فإذا ثبت ذلك عند القاضى بأى طريق من طرق الإثبات أمر الزوج بتطليقها فى الحال ، فإن لم يطلقها ناب عنه القاضى فى تطليقها منه ؛ منعا للضرر الذى يلحقها . لكن هذا التفريق مشروط بشروط هى :

١ — أن تكون الزوجة بالغة ، فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضى بينهما ؛ لاحتمال أن تسقط حقها بعد البلوغ ، وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته ، أو لمعان أخرى تراها .

٢ — أن تكون الزوجة غير عالمة بحالة الزوج قبل الزواج ؛ فلو تزوجته وهى تعلم بحاله كانت راضية بالبقاء معه ، فلا يكون لها حق طلب التفريق .

٣ — ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج ، والعلم بحاله .

٤ — ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة ؛ فإذا كان بها شىء من ذلك فلا يكون لها حق المطالبة بالتفريق ؛ لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضاً ؛ فلا يكون الرجل ظالما بعدم تطليقها حينئذ[1] .

العنة

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها عنينا (بأن كان غير قادر على مخالطة النساء لمانع عنده كضعف فى أصل الخلقة ، أو بسبب عارض مثل كبر السن) كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب التفريق ، فإذا ثبت ذلك عند القاضى باعتراف الزوج مثلا فلا يفرق بينهما فى الحال ؛ بل يمهل الزوج سنة ، عساه أن تعتدل طبيعته خلالها . لاشتمالها على الفصول الأربعة فيستطيع مخالطة زوجته . فإن لم يستطع ذلك وطلبت الزوجة من

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ .

القاضي التفريق، فانه يفرق بينهما دفعا للضرر عنها متى لم يرض الزوج أن يطلقها.

وهذا التفريق مشروط أيضاً بالشروط التي قدمناها في المجبوب . ويزاد عليها أن يكون العنين بالغا ؛ فإن كان صبياً فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ ، فقد يكون للصغر أثر في العنة ؛ فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها ، فانه يؤجل سنة من ذلك الوقت . وهذا بخلاف المجبوب فإنه لا ينتظر بلوغه ، ولا يؤجل لعدم الفائدة من ذلك . ولا يعتبر الأجل إلا بتأجيل القاضي فلا عبرة بتأجيل غيره كائنا من كان . فلو أن الزوجة أمهلت زوجها سنة على سبيل الإعذار ، ثم رفعت الأمر إلى القاضي تطلب أن يطلقها على زوجها للعيب الذي به فلا يجيبها لطلبها فوراً، بل يؤجل القاضي الزوج سنة أخرى ويبتدىء الأجل من وقت الخصومة إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً ، أو في حالة الإحرام؛ فإن ابتداء الأجل يكون من وقت البلوغ أو الشفاء من المرض أو الانتهاء من الإحرام . فان عرض أثناء السنة عارض يمنع الاتصال بين الزوجين مدة ، وكان بسبب من جهتها كمرضها أو حجها أو غيبتها لشأن من شؤنها فلا تحسب تلك المدة من السنة . وكذلك إذا كان الضرر من جهة الزوج ، كمرضه وسجنه ، أما إذا غاب باختياره لشأن من شؤنه أو للحج فلا يعتبر عذرا بل تحسب أيامه من السنة .

الخصاء

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها خصيا ، ولم يستطع مخالطتها، ورفعت الأمر إلى القاضي وثبت ذلك باعتراف الزوج فانه يؤجل سنة . فان مضت سنة ، ولم يستطع المخالطة أمره القاضي أن يطلقها ، فان لم يفعل طلقها القاضي عليه نيابة عنه مع مراعاة الشروط المذكورة في العنين .

اختلاف الزوجين في وجود العيب

ولو اختلف الزوجان في حدوث العيب، فالزوج ينكر العنة ويدعي أنه وصل إلى زوجته وجامعها ، والخصي يدعي أنه جامع زوجته فلا يخلو الحال من الآتي:

إما أن تكون الزوجة وقت النكاح بكراً أو ثيباً وحكم كل حالة فيما يلى:
١ — فان كانت ثيباً فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وإن كان مدعيا للوصول صورة ، والأصل هو السلامة فى الجبلة، وكان الظاهر شاهدا له ، فالقول قول من يشهد له الظاهر. ثم إن حلف بالله قد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، لأنه كالمقر بعدم الوصول إليها .

٢ — وأما إذا كانت بكراً وقت النكاح فلا يستحلف بل تراها النساء . فان قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه .

طرق إثبات البكارة

قال صاحب فتح القدير : الأولى أن ينظر إليها امرأتان أو أكثر — فان رأتها واحدة متصفة بالعدالة يكفى (نص على العدالة فى كافى الحكم) والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهى ثيب ، وإلا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها فان دخل فثيب ، وإلا فبكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر ، وإلا فثيب .

٣ — وإذا كانت وقت النكاح بكرا ورآها النساء وقلن إنها ثيب فتثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها ؛ لأن البكارة قد تزول بغيره ؛ كوثبة ونحوها غير ان القول قوله لو قالت: زالت البكارة بأصبعه ونحوه، فيحلف أنه وصل إليها ، فان حلف تقرر النكاح . وإن نكل أجل سنة ، ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها .

اختلفا بعد مضى السنة

لو اختلفا بعد انتهاء الأجل وهو السنة ، فى وصوله إليها فى السنة، فادعاه

هو وأنكرته هى، فالأمر يفصل فيه كما لو اختلفا قبل التأجيل إذا كانت بكرا نظر إليها، فإن قلن هى بكر، خيرت للحال بين الإقامة والفرقة، وإن قلن هى ثيب حلف، فإن نكل خيرت، وإن حلف استقر النكاح[1].

أما الثيب وقت النكاح فالقول للزوج، فإن حلف استقر النكاح، ولو نكل أجل سنة وتخير.

الخنثى

والخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة، فهو جائز، فإن وصل إليها، وإلا أجل كالعنين.

الأجل بالسنة القمرية

اختلف الفقهاء فى المراد بالسنة هل هى القمرية أم الشمسية، فى الهداية قال: وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح[2]. وقال صاحب فتح القدير تعليقا على ذلك: صححه صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسى، وقاضيخان، وظهير الدين من اعتبارها شمسية. وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة. وما ضربت السنة الا للتوصل إلى صلاح الطبع، ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مد زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها.

وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا. وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالاهلة. فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك، مالم يصرحوا بخلافه، ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما. وعن الحلوانى السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم، والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون. كذا رأيت فى نسخه ...»[3].

---

(١) فتح القدير ج ٣ ٢٦٥.

(٢،٣) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ والهداية على هامشه ذات الجزء والصفحة والعناية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦.

مبطلات الخيار

ثبوت الخيار لزوجة المجبوب ، أو العنين ، أو الخصى ، لا يبطل بالتراخى فى رفع الأمر للقضاء . فلو مكثت مع الزوج زمنا ، ولم تصرح برضاها بالبقاء معه على تلك الحالة فلها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب التفريق ، ولا يكون سكوتها رضا بالعيب . وكذلك إذا رفعت الأمر إلى القاضى بطلب التفريق ، ثم لم تستمر فى الخصومة، فلها الحق بعد ذلك فى طلب التفريق، ومثل ذلك أيضاً إذا أجل العنين ، أو الخصى، سنة، ثم لم تتقدم بعد مضى السنة بطلب التفريق ، فانه لا يبطل حقها فى هذا الطلب بعد ذلك . أما إذا حضرت مجلس القضاء بعد مضى السنة ، وتمام إجراءات التفريق ، فخيرها القاضى بين الفرقة والبقاء مع الزوج ، فقامت من المجلس ، أو وجد منها ما يدل على الإعراض ، أو قام القاضى من المجلس قبل أن تختار شيئاً ، فانه يبطل خيارها ، ويكون ذلك منها رضا بالبقاء مع الزوج .

العيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بها

العيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بها قسمان :

الأول . عيوب فى الزوج غير ما تقدم وهى البرص، والجذام ، والجنون. وقد قلنا: إن الأحناف لا يجيزون التطليق بسببها . ولم يخرج على هذا الرأى منهم سوى الإمام محمد رضى الله عنه، فانه قال كما يقول جمهور الفقهاء بجواز التطليق بسببها . وقد أبنا رأى الأحناف تفصيلا فى ذلك .

٢ — عيوب الزوجة كالبرص والجذام والجنون والرتق والقرن ، وفصل القول فيها هو الآتى :

المذهب الحنفى

قال الأحناف : لا خيار للزوج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً، فلا ينفسخ بها الزواج ؛ لأنها عيوب غير مانعة من حصول المقصود من الزواج ؛

ثم هي عيوب قد ينفع فيها العلاج فيزول به المانع . هذا إلى أن الزوج يستطيع التخلص من زوجته بالطلاق فلا حاجة ، إذن ، إلى الفسخ .

المذهب المالكى

التطليق بسبب العيب

شروط الخيار

اشترط فقهاء المالكية لثبوت الخيار لأحد الزوجين ، إذا وجد بصاحبه عيبا من العيوب التي توجب الخيار والرد ، ما يأتى :

١ — ألا يكون من يطلب الخيار للعيب عالما بوجود هذا العيب قبل العقد .

٢ — ألا يرضى بعيب المعيب صريحا كقوله : رضيت بك ، أو التزاما لتحقق السليم من نفسه ، حيث اطلع عليه بعد العقد .

٣ — ألا يكون قد تلذذ بالمعيب بعد العلم بالعيب .

أولا — العيوب الخاصة بالرجل ويرد بسببها

والعيوب التى يكون للزوجة بسببها خيار البقاء مع زوجها الذى به هذه العيوب ، أو الطلاق منه ، هى :

١ — الجب ، والخصاء ، والعنة ، والاعتراض — ونفصل ذلك فيما يلى :

الجب

وهو قطع الذكر ، والأنثيين ، وكذا مقطوع الأنثيين فقط ، إذا كان لا يمنى ؛ فمن كان هذا حاله فلزوجته خيار فسخ العقد . ومثل قطع الذكر قطع الحشفة . أما مقطوع الأنثيين الذى يمنى فلا رد به كالعقم .

الخصاء

هو قطع الذكر دون الأنثيين .

العنــة

والعنة بضم العين المهملة وتشديد النون المراد بها هنا صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع ؛ قال الدسوقى : ومثل صغر الذكر فى كونه موجبا للرد : الثخن المانع من الإيلاج وأما الطول فيلوى الشيء على ما يستطاع إيلاجه من أصله . ولا يرد الزوج بوجوده خنثى متضح الذكورية[1] .

الاعتراض

والاعتراض هو عدم انتشار الذكر — سواء كان لا ينتشر على كل النساء أو لا ينتشر على زوجته هى فقط ، وينتشر على غيرها .

تنبيـه : العيوب المذكورة يرد بها الزوج سواء وجدت قبل العقد أو بعده.

ثانياً — العيوب الخاصة بالمرأة والتى للزوج بسببها خيار الفسخ

أما العيوب التى تخص المرأة وللزوج بسبب وجودها خيار الفسخ فهى ما يأتى :

١ - القرن بفتح الراء وهو شيء يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه . وتارة يكون عظما فلا يمكن علاجه عادة .

٢ - الرتق بفتح الراء والتاء الفوقية وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع، إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه ، وبعظم لم يمكن عادة .

٣ - البخـر هو نتن الفرج ؛ لأنه منفر ؛ وقال الأئمة الثلاثة : لا رد به ؛ كالجرب ، ونتن الفم .

٤ - العفل بفتح العين ، والفاء : لحم يبرز فى قبل المرأة ، ولا يسلم غالباً من رشح يشبه أدرة الرجل . وقيل : العفل رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع.

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٧٨ .

٥ ـ اختلاط مسلكى البول .

تنبيه

محل ثبوت الخيار بالعيوب الموجودة فى المرأة أن تكون موجودة قبل العقد،أو حينه أما الحادثة بعده فلا ترد به المرأة . ولا خيار للرجل فى فسخ العقد بسببها ؛ لأنها مصيبة نزلت به .

ثالثاً — عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة

والعيوب المشتركة بين الرجل والمرأة هى : الجنون ، والجذام ، والبرص . والعذيطة .

أحكام كل نوع

العيوب المشتركة

لأحد الزوجين الخيار بالشروط السابق بيانها إذا وجد فى الآخر عيباً من العيوب الآتية :

(ا) البرص، ولا فرق بين أبيضه، وأسوده الأردأ من الأبيض؛ لأنه من مقدمات الجذام، وسواء كان يسيراً أو كثيراً فى المرأة؛ اتفاقا،وفى الرجل على أحد القولين فى البرص اليسير . ولو حدث البرص بالمرأة بعد العقد عليها لا يعد عيبا ترد به . أما بالنسبة للرجل فهو عيب سواء حدث له قبل العقد أو بعده .

(ب) العِذيطة : وهى التغوط عند الجماع إذا كان قديماً أو شك فيه، لا إن تحقق حدوثه فلا رد به . ومثله البول . ولا رد بالريح قولا واحدا ، ولا بالبول فى الفراش على الأرجح[1] .

---

(١) العذيطة بكسر العين المهملة وسكون الذال المعجمة ، وفتح المثناة التحتية فطاء مهملة .

(ح) الجذام — ويشترط أن يكون بينا ولو قليلا ، إذا حدث بالرجل قبل العقد أو بعده . أما إذا كان بالمرأة فيشترط أن يكون حادثا بها قبل العقد عليها ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

(ى) الجنون . ويثبت به الخيار لكل منهما إذا كان جنونا حادثا قبل العقد سواء كان بصرع ، أو وسواس ، وسواء استغرق كل الأوقات ، أو غالبها . بل وإن حصل فى كل شهر مرة ، ويفيق فيما سواها ، بشرط أن يحدث منه أضرار من ضرب ، أو إفساد شيء . أما الذى يطرح بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا رد به إذا كان يحدث قليلا . وأما الجنون الحادث بعد العقد وقبل البناء فإنه يوجب الخيار للمرأة دون الرجل كالجذام . وكذا إن حدث بعد البناء على ظاهر المدونة فى الجذام ويقاس عليه الجنون .

التأجيل سنة لمن يرجى برؤه

ويؤجل المريض بهذه العيوب الثلاثة (الجنون ، والبرص ، والجذام) لمدة سنة قمرية إن كان يرجى شفاؤه من هذا المرض . وهناك رأى يفيد أن المجنون يؤجل سنة ولو لم يرج برؤه . ويعتبر بدء الأجل (السنة القمرية) من يوم الحكم بالتأجيل لا من يوم الرفع للحاكم .

العيوب الأخرى لا خيار بها إلا بشرط

قال الشيخ خليل : والخيار ثابت بغيرها إن شرط السلامة ، ولو بوصف الولى عند الخطبة . وفى الرد إن شرط الصحة تردد .

وقد شرح قول الشيخ خليل السابق كثير من فقهاء المالكية فقال صاحب الشرح الكبير : والخيار الثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد ، وقرع ، وعمى ، وعور ، وعرج ، وشلل ، وقطع . وكثرة أكل ، من كل ما يعد عيباً عرفاً ، إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه ، أو قال : السلامة من كل عيب ، أو من العيوب . فإن لم يشترط السلامة فلا خيار . ويكفى الشرط

المذكور لإثبات الخيار لو كان حاصلا بوصف الولى ، أو وصف غيره بحضرته وسكت بأن قال : إنها بيضاء وسكت الولى ، أو صحيحة العينين ، أو سليمة من القرع ونحو ذلك . وسواء سأل الزوج عنها ، أو وصف الواصف له ابتداء : فإذا وجدت الزوجة على خلاف ماوصف الواصف له فالخيـــار ثابت للزوج . وقال الشيخ الدسوقى معلقا على ذلك ، قوله : «وسواء سأل الزوج عنها أى فوصفها الواصف . وما ذكره الشارح من أن الخلاف بين عيسى ، ومحمد مطلق . وأن عيسى يقول : إن وصف الولى يوجب الخيار سواء وصفها ابتداء أو كان وصفه بعد سؤال الزوج عنها . ومحمد يقول : وصف الولى لايوجب الخيار مطلقاً طريقة اللخمى . وطريقة ابن رشدان الخلاف بين عيسى ومحمد إنما هو إذا صدر الوصف ابتداء من الواصف. وأما إذا صدر بعد سؤال الزوج فيتفق على أنه شرط يوجب الرد[1]» .

كتابة الموثق فى وثيقة الزواج إن الزوجة صحيحة

ولو كتب الموثق فى وثيقة العقد بأنه تزوج فلان فلانة الشابة، الصحيحة العقل ، والبدن بصداق قدره كذا وكذا ثم وجدت على خلاف ماكتب ، وتنازع الولى والزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك ، وأنكر الولى ، ولا بينة لواحد : فقال ابن أبى زيد : لا رد به ، ولا يكون ماكتبه الموثق دليلا على اشتراطه ؛ لأن الموثق جرت العادة بأنه يلفق الكلام ويجمله ، ويذكر فيه ما ليس بمشترط . وقال الباجى : له الرد : لأن العادة أن الموثق لايكتب الصحيحة إلا إذا اشترطت الصحة . وكلام المتيطى يدل على أن الراجح عدم الرد؛ لأنه ظاهر المدونة ، وبه صدرت الفتوى ؛ فان كتب الموثق : تزوج فلان فلانة سليمة البدن ، فاتفق ابن أبى زيد والباجى على أن ما كتب شرط ، فله الرد إن وجدها غير سليمة . والفرق : أن كلمة صحيحة جرت عادة الموثقين بتلفيقها دون اشتراطها ، أما «سليمة» فلم تجر عادتهم بتلفيقها .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .

الغرر الشديد يثبت به الخيار

فاذا لم يشترط السلامة من العيوب عدا مانص عليه من عيب الجذام ، والبرص، والجنون من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء فلا رد بتخلف الأمر المظنون : كما إذا تزوج بامرأة من قوم ذوى شعر فظنها مثلهم، فتخلف ظنه، بأن وجدها قرعاء . واستثنى من ذلك حالة حصل فيها غرر شديد للزوج أو الزوجة بأن تزوجها على أنها حرة فوجدها أمة ، أو تزوجته على أنه حر فوجدته عبداً ، أو تزوج امرأة ادعت أنها مسلمة فاذا هى نصرانية .

الثيوبة عيب ترد به إن شرط أنها عذراء

ولا ترد الزوجة لأنها وجدت ثيباً ، سواء كانت الثيوبة بنكاح ، أو لا ، إلا إذا شرط أنها عذراء . فلما تزوجها وجدها ثيباً . فله، حينئذ، الخيار : لأن العذراء هى التى لم تزل بكارتها .

اشتراط كونها بكراً

أما إذا اشترط كونها بكراً[1] — فوجدها ثيباً بغير نكاح ، وعدمه ، فهل له خيار الرد وفسخ النكاح ، قال الشيخ خليل : تردد . أى أنه يوجد رأى يقول بثبوت الخيار للزوج ورأى يقول بعدم ثبوته . وقال العلامة الدسوقى إنه لو وجدها ثيباً بنكاح فترد قولا واحدا ، كما نقله ابن عرفة عن المتيطى وابن فتحون . ثم قال معلقاً على قول الشيخ خليل (قوله: تردد) الأول لابن العطار مع بعض الموثقين بناء على أن البكر مرادفة للعذراء ،

(١) البكر عند الفقهاء هى التى لم توطأ بعقد صحيح، أو فاسد جار مجرى الصحيح . وأما العذراء فهى التى لم تزل بكارتها بمزيل . فلو أزيلت بكارتها بزنا ، أو وثبة ؛ أو بنكاح لا يقران عليه فهى بكر ؛ فالبكر أعم من العذراء — وقيل : البكر مرادفة للعذراء فهى التى لم تزل بكارتها أصلا . وعلى ذلك الخلاف وقع التردد .

وأنها التى لم تزل بكارتها أصلا . والثانى لأبى بكر بن عبد الرحمن ، وصوبه بعض الموثقين ، بناء على أن البكر هى التى لم تزل بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد جار مجراه .

العرف له تأثير

وقال صاحب الشرح الكبير : ومحل الخلاف فى التفريق بين العذراء والبكر ، وتأثير ذلك على ثبوت الخيار وعدم ثبوته، ما لم يجر عرف بمساواة البكر للعذراء ، كما هو عندنا بمصر . ومالم يعلم وليها بثيوبتها عند شرط الزوج أو وكيله وإلا بأن كان أبوها ، أو وكيله يعلم بثيوبتها ويكتمها عن الزوج، وإذا جرى العرف بمساواة البكر للعذراء فله الرد قطعا. وقال العلامة الدسوقى: فإن ادعت أنها بكر وادعى هو عدمها، فالقول لها فى وجودها، ولا ينظرها النساء جبرا عليها ، فإن مكنت من نفسها امرأتين، فشهدتا بثيوبتها كان القول قوله دونها ، وإن شهدتا ببكارتها كان القول قولها دونه[1] .

يؤجل المعترض سنة قمرية لعلاجه

يؤجل المعترض، الثابت لزوجته عليه خيار ، لأنه لم يسبق له وطء ، سنة قمرية؛ لعلاجه إن كان حرا، ونصف سنة إن كان عبدا هذا هو مذهب المدونة ومالك.

رأى آخر بالمساواة فى الأجل :

وقيل : يؤجل العبد سنة كالحر ، واستظهره[2] ومال إليه غير واحد ونسب لمالك أيضاً. ومبدأ السنة من يوم الحكم حالة كونه واقعا بعد الصحة ـ لا من يوم رفع الدعوى إلى الحاكم فإن لم يترافعا ، وتراضيا على التأجيل فيبدأ الأجل من يوم التراضى . فان مرض بعد الحكم بالتأجيل، واستغرق مرضه جميع السنة أو بعضها . فيرى ابن القاسم عدم الزيادة على السنة ، وإن لم يقدر على التداوى فيها ، وقال أصبغ : إن استغرق المرض السنة ، ومنعه

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ ومنح الجليل ج ٣ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) المعترض بفتح الراء. اسم مفعول أى الشخص الذى اعترضه المانع فمنعه من الوطء إذ الأصل عدمه ، وإنما يكون لعارض بمرض كسحر ، أو خوف ، أو مرض .

من التداوى فيها . فتستأنف سنة أخرى وقال ابن رشد: إن مرض فيها مرضاً شديداً منعه من التداوى زيد عليها بقدره[١] .

إذا انتهى الأجل

وإذا انتهت السنة المقدرة للزوج الحر أو نصف السنة المقدرة لغير الحر، وكان الزوج خلالها قد ادعى أنه وطىء زوجته صدق بيمينه ؛ فان ادعى الوطء بعدها فلا يصدق . وإن ادعى بعد انتهاء الأجل أنه قد وطىء زوجته أثناء السنة (الأجل) فالظاهر من كلام الشيخ خليل أنه لا يصدق: لأنه متهم بأن ادعاءه هذا، المقصود منه إسقاط حقها فى الفراق . وفى ابن هرون مايفيد تصديقه فى دعواه بعد انتهاء السنة أنه وطئها فيها ، فان نكل المعترض عن اليمين على وطئه فيها حلفت الزوجة أنه لم يطأها فيها، وفرق بينهما قبيل تمام الأجل، قاله فى المدونة ؛ لتصديقها على عدمه بنكوله فسقط حقه فى الأجل ، وفى الموازية : يبقى لتمام الأجل ثم يطالب باليمين فان نكل فرق بينهما ، فان لم تحلف الزوجة على أنه لم يطأها فى أثناء السنة التى منحها المعترض أجلا ، بقيت زوجة ولا كلام لها: لتصديقه على وطئها بنكولها أما إذا لم يدع الزوج الوطء فى السنة بأن أقر بعدمه ، أو سكت . فعلى الزوج أن يطلق زوجته إن شاءت الزوجة الطلاق ، فان امتنع من طلاقها ففى المذهب قولان :

الأول : أن القاضى يطلقها على زوجها .

والثانى : أن القاضى يأمر الزوجة بأن تطلق نفسها بأن تقول : أنت طالق ، أو طلقتك ،أو طلقت نفسى منك، أو أنا طالق منك، ثم يحكم الحاكم بوقوع الطلاق؛ ليرتفع الخلاف فيه. على أن أمر الحاكم بطلاقها نفسها ليس حكماً.

صفة الطلاق

والطلاق الواقع فى هذه الحالة (بسبب العيب) طلاق بائن .

---

(١) منح الجليل ج ٣ ص ٨٥ . والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ .

إقامة الزوجة مع زوجها بعد إنتهاء الأجل

لو قبلت الزوجة بعد انتهاء الأجل أن تقيم مع زوجها لأجل آخر لا يسقط حقها فى الخيار، فلها فراق زوجها المعترض بطلاقها منه بلا ضرب أجل ثان وبلا رفع إلى الحاكم . ولو رضيت أن تقيم معه أبداً ، أو أطلقت ، فليس لها فراقه بعده .

الرتقاء[1]

وتؤجل المرأة الرتقاء ، ومثلها من ذوات داء الفرج إلى أجل يحدد باجتهاد العارفين لاستعمال الدواء . وبعضهم حدد الأجل بشهرين . وثمن الدواء عليها لا على زوجها . ولا تجبر الرتقاء على التداوى إن امتنعت منه إذا كان الرتق خلقة ؛ لشدة تألمها به ، سواء كان يحصل به عيب فى الاصابة أو لا . وإن أرادته وأباه الزوج فإن كان لا يحصل به عيب فيها جبر عليه .

المجبوب والخصى يجسان لمعرفة الحقيقة

وإن ادعت زوجة على زوجها أنه مجبوب أو خصى . أو عنين ، وأنكر مس بظهر اليد على ثوب منكر الجب ، والخصاء . والعنة ، ولا ينظره الشهود . وقال الباجى : ينظرونه؛ لاستواء النظر، والجس فى المنع ، والنظر يحصل به العلم القوى . وأجيب بأخفية الجس مع حصول العلم به .

المعترض يصدق فى نفى الاعتراض

إذا ادعت المرأة على زوجها الاعتراض وانكره، صدق فى نفى الاعتراض، كما تصدق المرأة فى نفى داء فرجها من إفضاء ونحوه ، أو جذام، أو برص بيمينها ولها رد اليمين على الزوج كما تصدق فى ادعائها بيمينها من أن المرض حدث

(١) الرتقاء أى المسدود مسلك جماعها .

بعد العقد فلا خيار بسببه . هذا إذا كان بعد البناء بها . أما قبله فالقول له...
قاله ابن رشد مقيدا به إطلاق المدونة .

المرأة لا تجبر على الكشف الطبي عليها

والعيوب التي يدعي الزوج أنها بفرج زوجته لا تجبر الزوجة على أن ينظر هذه العيوب التي بفرجها النساء ، فإن رضيت فلهن النظر . وهناك قول منسوب لسحنون بجواز نظر النساء إلى هذه العيوب جبرا على المرأة . قال البناني : الذي تلقيته من بعض شيوخنا المفتين أن العمل جرى بفاس بقول سحنون .

للزوج الرد إن كتم الأب ثيوبتها

المشهور في المذهب أن الزوج لو وجد زوجته ثيبا بلا وطء بنكاح، بأن كان بوثبة ، أو تكرر حيض . أو نحوهما وكان أبو الزوجة يعلم بذلك حين العقد وكتمه عن الزوج ، فللزوج رد الزوجة على الأصح ، وبهذا قال أصبغ وصوبه ابن القصار وقال أشهب: لا رد له. قال صاحب منح الجليل : فعلم من كلام المصنف هنا ، وفيما مر ، أن الزوج إذا وجد زوجته ثيبا فله خمسة أحوال :

الأول — ألا يكون هناك شرط، فلا رد مطلقا .

الثاني — إذا شرط أنها عذراء ، فله ردها مطلقا .

الثالث — إذا شرط بكارتها ، فوجدها ثيبا بغير نكاح، ولم يعلمها الأب، ففيها تردد .

الرابع — شرطه بكارتها، فيجدها ثيبا بلا نكاح ، وعلمها الأب ، وكتم، فله ردها على الأصح .

الخامس — شرطه بكارتها فيجدها ثيبا بنكاح وسواء علمها الأب أو لا ، فله ردها[1] .

---

(١) منح الجليل لشرح مختصر خليل ج ٢ ص ٨٩ .

المذهب الشافعي

التطليق بسبب العيوب

قسم الشافعية العيوب كما قسمها المالكية إلى ثلاثة أنواع :

١ — عيوب خاصة بالرجل .

٢ — عيوب خاصة بالمرأة .

٣ — عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة .

العيوب المشتركة

قال الشافعية بثبوت الخيار، لكل من الزوجين، إذا وجد بالآخر عيبا من العيوب الآتية :

١ — الجنون

عرف الشافعية الجنون بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة فى الأعضاء . وقسموه إلى جنون تام وجنون متقطع . واثبتوا الخيار لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر جنونا كاملا أو متقطعا، ولو كان قابلا للشفاء . واستثنى المتولى من الجنون المتقطع الجنون الخفيف الذى يطرأ فى بعض الزمان .

الخيار بسبب الإغماء

ولا خيار بسبب طرو الإغماء ، فإنه كسائر الأمراض الأخرى التى لا خيار بسببها . ومحله كما قال الزركشى الاغماء الذى تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب . أما الميئوس من زواله فكالجنون ، كما ذكره المتولى . وكذا إن بقى الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون وألحق الشافعى رضى الله عنه الخبل بالجنون . أما الصرع فهو من الجنون .

٢ ، ٣ الجذام ، والبرص

ويثبت بهما الخيار إذا كانا مستحكمين بخلاف غيرهما ، من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت بهما الخيار، كما صرح به الجوينى . والاستحكام فى الجذام

يكون بالقطع . وقيل يرجع إلى أهل الخبرة فى ذلك وهم الأطباء.[١]

العيوب الخاصة بالزوجة وترد بسببها

والعيوب التى ترد بسببها الزوجة وهى خاصة بها هى :

الرتق ، والقرن بأن انسد محل الجماع من المرأة برتق أصيبت به . وهو لحم يسد فرجها . ويسمى : رتقا ، أو عظم، ويسمى : قرنا . وقيل الرتق والقرن نوع واحد . وليس للزوج اجبار الرتقاء على شق الموضع . فإن شقته، وأمكن الوطء ، فلا خيار .

العيوب الخاصة بالرجل وللمرأة فسخ النكاح بسببها

العنة ـ وهو عجز عن الوطء فى القبل خاصة، قيل : سمى عنينا : للين ذكره وانعطافه . مأخوذ من عنان الدابة : للينه .

الجب ـ والمجبوب هو مقطوع الذكر جميعه أو الذى قطع معظم ذكره ولم يبق منه قدر الحشفة . أما إذا بقى منه قدرها فلا خيار لها

زوال العيب قبل الفسخ

ولو زال العيب قبل فسخ العقد . فالأصح أنه لا خيار . وكذا لو علم بالعيب بعد الموت .

العلم بالعيب قبل العقد لا يسقط الخيار فى كل الحالات

قال صاحب المغنى : ففيه أنه لو علم أحدهما بعيب فى صاحبه قبل العقد ليس على إطلاقه، بل لو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب ؛ لأن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى ، وفى نكاح دون نكاح[٢] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٢ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى الألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٤ .

وجود عيب فى كل منهما لا يسقط الخيار

وقال أيضاً صاحب المغنى : « ولا فرق فى ثبوت الخيار فيما ذكر بين أن يجد احد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيوب أو لا — وقيل : إن وجد به مثل عيبه من الجذام ، أو البرص ؛ قدرا وفحشا، فلا خيار له : لتساويهما. واحتج للرأى الأول : بأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

العيوب التى تحدث بالزوج بعد العقد

ولو حدث بالزوج بعد العقد عيب، كأن جب ذكره، تخيرت زوجته قبل الدخول جزما ، وبعد الدخول على الأصح ؛ لحصول الضرر به كالعيب المقارن لحصول العقد : مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ بخلاف الرجل . واستثنى من العيوب : العنة التى تحدث بعد العقد والدخول ، لحصول مقصود النكاح من المهر، وثبوت الحضانة . وقد عرفت قدرته على الوطء ، ووصلت إلى حقها منه . فإن قيل : الجب كذلك . أجيب بأن الجب حصل به اليأس بخلاف العنة .

العيوب الحادثة للزوجة بعد العقد

أثبت الشافعية فى الجديد للرجل حق الخيار فيما لو حدث بالزوجة عيب بعد العقد ، سواء فى ذلك قبل دخوله أو بعده، كما لو حدث به . وفى القديم: لا ؛ لتمكنه من الخلاص بالطلاق بخلافه . وقد علل للرأى الجديد بأنه وإن كان يمكنه طلاقها لكنه يتضرر بوجوب نصف المهر عليه، أو كله ، فيما لو طلقها بخلاف الفسخ ، فإنه يسقط المهر قبل الدخول . قال ابن الرفعة : ولا يبعد، على الجديد، أن يكون حدوث الرتق ، والقرن بعد ، الوطء كحدوث الجب فى الخلاف[1] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٠٤

حق الولى فى خيار الفسخ

لا خيار لولى الزوجة بسبب عيب يحدث بالزوج بعد العقد : إذ لا عار عليه فى العرف بخلافه فى الابتداء . وكذا إذا قارن الجب ، أو العنة عقد الزواج لاختصاصها بالضرر ولا عار عليه .

الجنون والجذام والبرص

وإذا أصيب الزوج بجنون أو جذام أو برص مقارن للعقد ورضيت الزوجة به، فللولى حق الفسخ لتعيره بذلك؛ ولخوف العدوى من الجذام أو البرص .

لابد من الخيار فوراً

وخيار الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور ؛ لأنه خيار عيب، فكان على الفور . ويجب أن ترفع الدعوى فور العلم بهذه العيوب .

لابد من حكم الحاكم

قال الشافعية : يشترط فى الفسخ بعيب العنة رفع الأمر إلى حاكم ليقضى فى الأمر حسب التفصيل الذى سيأتى بعد . وهذا باتفاق فقهاء المذهب . أما سائر العيوب الأخرى، فالأصح أنه لابد من رفع الأمر إلى حاكم، فأشبه الفسخ بالإعسار . وقيل لا يشترط رفع الأمر للحاكم، بل لكل منهما الانفراد بالفسخ كالرد بالعيب . وتأسيساً على ما ذكر أنهما لو تراضيا بالفسخ مما يجوز الفسخ به لم يصح . وبه صرح فى المحرر .

كيفية ثبوت العنة

تثبت العنة بالآتى :

أولا : إقرار الزوج بأنه عنين، وذلك عند الحاكم، كغيرها من الحقوق

ثانياً : أن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أن الزوج قد أقر بأنه عنين.

ولا يتصور ثبوت العنة بالبينة؛ لأنه لا مطلع للشهود عليها . ويؤخذ من هذا أن دعوى امرأة الصبى والمجنون ، العنة عليهما لا تسمع لسقوط قولهما .

ثالثاً : يمين الزوجة بعد نكول الزوج عن اليمين فى الأصح . وذلك بعد إنكاره العنة . وإنما جاز لها الحلف ؛ لأنها تعرف ذلك بالقرائن والممارسة .

التأجيل سنة للعنين

وإذا ثبتت العنة أمام القاضى ضرب للزوج سنة ، كما فعله عمر رضى الله تعالى عنه، رواه الشافعى رضى الله عنه والبيهقى وغيرهما وقال فى النهاية. أجمع المسلمون على اتباع قضاء عمر رضى الله عنه فى قاعدة الباب والتأجيل سنه : لأنها تشمل الفصول الأربعة فقد تعذر الجماع ، وقد يكون لعارض حرارة فتزول فى الشتاء . أو برودة فتزول فى الصيف ، أو يبوسة فتزول فى الربيع ، أو رطوبة فتزول فى الخريف : فإذا مضت السنة ولا إصابة علمنا أنه عجز خلقى ولاتحسب السنة التى مرضتها كلها أو حبست فيها كلها ؛ لأن عدم الوطء كان بسببها هى — ولو حبست بعض السنة ، أو مرضت بعضها، قال الشيخان : القياس استئناف سنة أخرى أو تنتظر مضى مثل ذلك الفاصل من السنة الأخرى. أما حبسه ، ومرضه فلا يمنعان حسبان المدة .

مبدأ المدة من وقت الحكم بالتأجيل

وتبدأ مدة السنة من وقت ضرب القاضى الأجل ، لا من وقت ثبوت العنة : لأنها مجتهد فيها . وتعتبر السنة بالأهلة : فإذا كان ابتداؤها فى أثناء الشهر كمل من الشهر الثالث عشر ثلاثون يوما .

لا فرق فى مدة السنة بين الحر والعبد

والظاهر من كلام فقهاء الشافعية أنه لا فرق بين الحر والعبد فى مدة السنة ولا فرق، كذلك : فيها ، بين المسلم وغيره ، ولا بين أن يقول مارست نفسى وأنا عنين فلا تضربوا لى مدة أو لا : لأن ذلك شرع لأمر جبلى فأشبه الحيض أو الرضاع ، فلا يختلفون فى كون المدة سنة[1] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

لا بد من طلب الزوجة

وتضرب المدة بطلب الزوجة ؛ لأن الحق لها ويكفي قولها : أنا طالبة بموجب الشرع ، وإن جهلت بتفصيل الحكم . فإن سكتت لم تضرب وللقاضي أن ينبهها إلى ذلك إن علم أن سكوتها عن سهو أو دهشة أو غفلة . وليس لولى الزوجة أن ينوب عنها في طلب الفسخ بل لا بد من طلبها هي .

بعد انتهاء السنة

إذا انتهت السنة فعلى الزوجة أن ترفع الأمر ثانيا . وعلى الفور ، إلى القضاء ،فإن قال الزوج : وطئت صدق بيمينه؛ لتعذر إقامة البينة على الجماع، فيصدق بيمينه ؛ لأن الأصل السلامة ، ودوام النكاح . هذا إذا كانت الزوجة ثيبا . أما البكر فاذا شهد أربع نسوة ببكارتها فالقول قولها للظاهر . وهل تحلف أو لا . ؟ فيه وجهان . والراجح : أنها لا تحلف ،كما قاله الأسنوى وغيره . ونقله الأذرعى وغيره عن نص الأم . وعليه قال ابن الرفعة : ظاهر النص أنها لاتحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها . ورجح ابن المقرى أنها تحلف ، فان ادعى الزوج عودة البكارة بأن قال بعد شهادتهن ، أصبتها ولم أبالغ ، فعادت بكارتها ، وطلب يمينها حلفت أنه لم يصبها .

نكول الزوج عن اليمين وأذن القاضى بالفسخ

فان نكل الزوج عن اليمين ، حلفت هى أنه لم يطأها . فان حلفت على ذلك أو أقر هو بذلك استقلت هى بالفسخ ،كما يستقل بالفسخ من وجد بالبيع عيبا لكن إنما تفسخ بعد قول القاضى لها : ثبتت العنة ، أو ثبت حق الفسخ ، فاختارى على الأصح . وقال الأزرعى ! قول القاضى للزوجة إن العنة ثبتت ليس شرطا ، بل المراد إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها . وقيل يحتاج إلى إذن القاضى لها بالفسخ ، أو إلى فسخه ؛ لأنه محل نظر واجتهاد فيتعاطاه بنفسه ، أو يأذن فيه .

توجيه الرأى القائل بعدم اشتراط إذن القاضى :

وقد وجه أصحاب الرأى القائل بأن للزوجة أن تستقل بفسخ العقد إذا ثبتت عنة الزوج رأيهم هذا فقالوا : إن خيار العنة خصلة واحدة، وخيارها على الفور. وضرب القاضى المدة ، والثبوت بعدها ، إنما شرعا لتحقق السبب المقتضى للفسخ على الفور، فإذا تحقق السبب استقلت بالفسخ لئلا يخرج عن الفورية، بخلاف حالة الإعسار فى النفقة ، فإن الخيار فى الإعسار على التراخى ، ولذا لو رضيت المرأة بإعساره كان لها الفسخ بعد ذلك .

رضاء الزوجة بالعيب بعد انتهاء المدة يسقط خيارها :

ولو رضيت الزوجة بعد انقضاء المدة جميعها (السنة) بأن تقيم مع زوجها بطل حقها فى الفسخ، كما فى سائر العيوب: فإن قيل: الإيلاء، والإعسار بالنفقة والإجارة إذا تهدمت الدار لها الفسخ فى ذلك وإن رضيت فعلا كان هناك كذلك! اجيب بأن ضرر هذه الأمور يتجدد . والعنة عيب واحد، إذا تحقق ، لا تتوقع إزالته .

رضاء الزوجة بالبقاء مع الزوج أثناء المدة :

أما فى أثناء السنة المضروبة أجلا للعنين إذا رضيت الزوجة بأن تقيم مع زوجها ، أو إذا رضيت بالبقاء معه قبل ضرب الأجل فإن حقها فى الفسخ للعنة لا يبطل . ولها الفسخ بعد المدة ؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

إذا أعطت المرأة زوجها أجلا آخر :

المشهور فى المذهب أنه يبطل حق الزوجة فى فسخ عقدها إذا أعطت زوجها أجلا زائدا على الأجل الذى ضربه له القاضى وهو سنة . ولو كان الأجل الذى منحته له شهراً واحداً؛ لأنه على الفور، والتأجيل مفوت له[1].

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

رأى آخر

فى المذهب رأى آخر هو : أنه لا يبطل حق الزوجة إذا أمهلت زوجها مدة أخرى مهما كانت بعد انتهاء المدة التى ضربها له القاضى وهى (سنة) ؛ لأنها أحسنت بالتأجيل ، فلا يلزمها ، ولها الفسخ متى شاءت .

الفسخ بسبب مخالفة شرط فى العقد

إذا شرط فى العقد شرط لصالح أحد الزوجين ، وكان الشرط مما لا يمنع عدمه صحة النكاح ، كاشتراط صفة من صفات الكمال ، كبكارة ، وشباب ، أو النقص ، كضد ذلك ، أولا ولا ، كطول ، وبياض ، وسمرة ، ثم ظهر خلاف ما اشترط ، فالأظهر صحة النكاح ؛ لأن الخلف فى الشرط لا يوجب فساد البيع ، مع تأثره بالشروط الفاسدة ؛ فالنكاح أولى . ثم إن بان الموصوف بالشرط خيرا مما شرط كشرط كونها كتابية فبان أنها مسلمة ، أو أمة فبان أنها حرة ، فلا خيار فى ذلك ؛ لأنه أفضل مما شرط ، وإن بان دونه فله الخيار كان شرط كونها حرة فبانت أمة .

الرأى الثانى عدم صحة النكاح

والرأى الثانى أنه متى تخلف الشرط الذى اشترط أثناء العقد فلا يصح النكاح ؛ لأن النكاح يعتمد الصفات ، فتبدلها كتبدل العين .

تنبيه

١ ـ ما تقدم فى الشرط الذى يذكر أثناء العقد . أما إذا كان الشرط قبل العقد ، فإنه لا اعتبار به فى الخيار .

٢ ـ إذا ظهر أن نسب الزوج أو الزوجة خلاف ما شرط فلمن اشترط وخلف شرطه الخيار . لكن إذا ساوى الزوج الزوجة فى النسب أو زاد عليها فلا خيار لها ، وإن كان دون الشروط . ومثل ذلك العفة ، والحرية ، إذا شرطت فى العقد

الفسخ بسبب خلف الظن

لاخيار بسبب خلف الظن ما دام لم يكن هناك شرط لم يتحقق إلا فى مسائل مستثناة وتفصيل ذلك فيما يلى :

لو تزوج امرأة ظنها مسلمة ، أو حرة ، فبانت كتابية ، أو أمة ، وهى تحل له ، فلا خيار له ، فيهما ، فى الأظهر ؛ لأن الظن لا يثبت الخيار ؛ لتقصير صاحبه بترك البحث ، أو الشرط ... كما لو ظن العبد المبيع كاتبا ، فلم يكن .

الرأى الثانى

وقيل يثبت الخيار ؛ لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية . فإذا خلف ذلك ثبت الخيار .

تزوجت من ظنت أنه كفء لها

لو أذنت المرأة لوليها فى تزويجها بمن ظننته كفئا لها فبان فسقه ، أو دناءة نسبه وحرفته ، فلا خيار لها ولا لوليها ؛ لأن التقصير منها ومنه ، حيث لم يبحثا عن الزوج قبل العقد ولم يشرطا الكفاءة فى العقد . لكن لو بان أن الزوج معيب ، أو بان عبدا ، وهى حرة ، وأذن له سيده فى النكاح فلها الخيار فى المسألتين[1] .

المذهب الحنبلى

التطليق بسبب العيب

قسم الحنابلة ، كما قسم المالكية والشافعية ، عيوب النكاح المثبتة للخيار إلى ثلاثة أقسام : إحداها ما يختص بالرجال ، وثانيها ما يختص بالنساء وثالثها ما يشترك فيه الرجال والنساء . وتفصيل ذلك فيما يلى :

---

(١) المصدر السابق .

عيوب الرجال خاصة :

الجب

إذا وجدت الزوجة زوجها مجبوبا : أى مقطوع الذكر ، لم يبق منه ما يطأ به ، أو أشل، فلها الفسخ فى الحال ؛ فإن أمكن وطؤه بالباقى فادعى الوطء وأنكرته ، قبل قولها مع يمينها .

العنين

وإن ظهر أن الزوج عنين لا يمكنه الوطء أجل سنة هلالية سواء كان حراً أو عبداً ولا تعتبر عنته إلا بعد بلوغه . وتبدأ السنة من يوم الترافع إلى الحاكم. ولا بد أن يكون الإمهال بمعرفة الحاكم - ولا تعتبر من السنة المدة التى اعتزلته فيها . لكنه لو عزل نفسه أو سافر، حسب عليه .فإن وطىء فيها فلا خيار لها ، وإلا فلها الفسخ .

ثبوت العنة

تثبت العنة بإقرار الزوج بها عند الحاكم ، أو بأن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أنه أقر بأنه عنين . كما تثبت بنكوله عن اليمين إذا وجه له، وذلك حينما يدعى الوطء وتنكره الزوجة . أما إذا أنكر الزوج ولم تكن له بينة، ولم يدع وطأ، حلف ، فان نكل أجل سنة ، فان اعترفت بأنه وطئها فى فترة التأجيل ، ولو فى مدة حيض ،أو إحرام ،أو وهى صائمة ،بطل كونه عنينا .

علمها بالمرض يسقط خيارها

لو قال الزوج إن امرأتى قد علمت أنى عنين من قبل أن أنكحها، فان أقرت بذلك، أو ثبت ببينة فلا يؤجل ، وهى امرأته . وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك ،ويؤجل سنة من يوم ترافعه .

رضاها بالعنين يسقط خيارها

وإن قالت الزوجة فى وقت من الأوقات رضيت به عنينا لم يكن لها المطالبة بعد بفسخ النكاح .

ادعى وطء البكر

ولو ادعى الزوج المدعى عليه بأن به عنة: أنه وطء زوجته البكر. فشهدت بأنها عذراء امرأة ثقة، أجل سنة. والأحوط شهادة امرأتين. وإن لم يشهد بأنها عذراء أحد، فالقول قوله. وعليها اليمين إن قال زوجها أزلتها وعادت لاحتمال صدقه. وإن شهد بزوال بكارتها أحد لم يؤجل. وعليه اليمين إن قالت زالت بغيره.

ادعى الوطء وكانت ثيبا

وإن كانت الزوجة ثيبا وادعى وطأها بعد ثبوت عنته، وأنكرته. فالقول قولها. ولو ادعى الوطء ابتداء مع إنكار العنة، وأنكرت الوطء، فالقول قوله مع يمينه، فان نكل قضى عليه بنكوله.

لاتزول العنة بادعاء الوطء في الدبر

ولو ادعى أنه وطء زوجته في دبرها فلا يسقط خيارها؛ لأن الدبر ليس محلا للوطء ولذلك فالوطء فيه لا يتعلق به إحصان، ولا إحلال لمطلقها ثلاثا.

المجنون العنين

والمجنون إذا أصابته عنة يؤجل سنة أسوة بالعقلاء؛ لأن مشروعية الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عند الوطء ويستوى فيه المجنون وغيره، فان لم تثبت عنته لم تضرب له مدة[1] والقول قول الزوجة هنا في عدم الوطء ولو كانت ثيبا.

العجز عن الوطء لعارض يزول

وإن علم أن عجزه عن الوطء لعارض يزول كصغر، أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له مدة.

---

(١) منتهى الارادات للبهوتى ج ٣ ص ٥٠ والاقناع ج ٢ ص ١٩٨

الفسخ بسبب العيوب المشتركة

الإغماء والجنون

إن زال العقل بمرض، فيسمى ذلك إغماء ،فان زال المرض ودام زوال العقل فجنون . ولا خيار بسبب الإغماء . أما الجنون فموجب للخيار ،وإن كان جنونا متقطعا .

الجذام والبرص والبخر

وإذا وجد جذام بأحد الزوجين فللآخر خيار الفسخ . وكذلك البخر (وهو نتن الفم) يثبت به خيار الزوج الآخر .

اللجوء لأهل الخبرة

وإذا حصل خلاف فى بياض بالجسد هل هو بهاق أو برص ، أو فى علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين هل هو جذام أم لا ،يرجع الى أهل الخبر، فى معرفة ذلك، فان شهد للمدعى بما قال ثبت ما ادعاه . وإلا حلف المنكر ،والقول قوله .

بقية العيوب المشتركة

كما يفسخ العقد بواحد من العيوب الآتية :

استطلاق بول ـ واستطلاق نجو (أى غائط) ـ والإصابة بباسور ، وناصور بالمقعدة ، وبقرع رأس إذا كان له ريح منكرة، فان لم يكن له ريح فلا فسخ به .

الخنوثة

إذا ظهر أن أحد الزوجين خنثى غير مشكل فيفسخ النكاح فى الحال أما المشكل فلا يصح نكاحه .

العيوب الحادثة بعد العقد

وحدوث هذه العيوب قبل العقد أو مقارنا له أو طارئة بعده يثبت بها الخيار . وكذلك لو كان من يتمسك بالخيار معيبا بمثل العيب الذى بسببه يفسخ العقد أو مغايرا له ؛ لأن الإنسان قد يأنف من غيره ، ولا يأنف من عيب نفسه .

لا يفسخ بغير العيوب المذكورة :

والعيوب السابق ذكرها هي على سبيل الحصر لا على سبيل المثال فلا يفسخ بغيرها . ولذلك لا فسخ للنكاح بسبب العرج ، أو العور ، أو قطع اليد أو الرجل ، أو العمى ، أو الخرس ، أو الطرش ، أو القرع الذى لا ريح له ، أو العقم ، أو النحافة أو السمن ؛ لأن كل ذلك لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه[1] .

شروط صحة الفسخ

١ — أن يكون العيب موجوداً وقت الفسخ ، فإذا زال بعد العقد ، وقبل الفسخ ، سقط الخيار .

٢ — ألا يكون قد علم بالعيب وقت العقد لدخوله على بصيرة .

٣ — ألا يوجد ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به من قول صريح أو وطء ، أو تمكين ، فإن ادعى الجهل بالخيار ومثله يجهله فالأظهر ثبوت الفسخ وقيل يسقط الخيار بالجهل بملك الفسخ بسبب العيب .

٤ — أن يحكم بالفسخ حاكم أو يرد الحاكم الفسخ إلى من له الخيار فيفسخ النكاح ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ، فأشبه الفسخ للإعسار بالنفقة .

٣ — العيوب الخاصة بالنساء

يثبت الخيار بوجود عيب بالزوجة من عيوب النساء الآتية :

١ — الرتق . وهو كون الفرج مسدوداً ملتصقا لا مسلك للذكر فيه .

٢ — القرن والعفل : وهو لحم يحدث فى الفرج يسده وقيل : القرن عظم

---

(١) منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٥١ .

أو غدة تمنع ولوج الذكر وقيل: العفل رغوة تمنع لذة الوطء ، وقيل: شيء يخرج من الفرج شبيه بالأدرة التي للرجال في الحقيقة . وعلى كلا الاقوال يثبت به الخيار .

بطلان الفسخ

ومتى ظهر ألا عيب ، وقد كان النكاح قد فسخ بسبب العيب ، بطل الفسخ ، واستمر النكاح .

الفسخ بسبب فقدان الشروط

إذا شرط احد الزوجين شرطا وظهر خلاف ما اشترط : كأن يشترط الزوج ان تكون زوجته جميلة ، او بكرا أو نحوه ، فبانت خلافه ، فله الخيار . وكذا لو شرطته الزوجة أو شرط الزوج السلامة من كل عيب . فبانت معيبة .

الفسخ بسبب الغرر

ولو عقد الزواج ظانا انها حرة ، او ظنت هي أنه حر ، فبان عبدا ، فالخيار للزوج في الحالة الأولى ، ولها الخيار في الحالة الثانية .

الفسخ بالعيب ليس طلاقا

والفسخ بسبب العيب لا يعد طلاقا ، بل هو فسخ للنكاح . فلا ينقص به عدد الطلقات . ويصح الفسخ مع غيبة الزوج : كفسخ المشترى بيعا معيبا مع غيبة بائعه[1]

تنبيه

لو زوج ولى الصغير ، أو الصغيرة ، أو المجنون ، أو المجنونه ، أو العبد ، أو الأمة ، زوجا معيبا بعيب يرد به العقد بغير رضا ، لم يصح النكاح إن علم بالعيب : لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده ، كما لو باع عقار المن في حجره لغير مصلحة . وإذا لم يكن الولى يعلم انه معيب صح العقد وله الفسخ إذا علم العيب[2] .

---

(١) منتهى الايرادات للبهوتي ج٣ ص ٥٢ ــ والاقناع ج ٣ ص ٢٠٠

(٢) وفي منتهى الإيرادات ج ٣ ص ٥٣ : « وفي الإقناع تبعا المغنى والشرح الكبير ، وشرح ابن منجا ، وشرح الوجيز الزركشي ، وغيرها ، يجب الفسخ على ولى غير المكاف ، والمكلفة ، وسيد الأمة .

المذهب الظاهرى

التطليق بسبب العيب

لاطلاق بسبب العنة

لا يرى الظاهرية جواز التطليق بسبب العنة؛ قال ابن حزم: ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها، سواء كان وطئها مرة أو مرارا، أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم، ولا لغيره، أن يفرق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا. وهى امرأته، إن شاء طلق وإن شاء أمسك .. وبعد ان ذكر ابن حزم الخلاف الواقع فى هذا الموضوع وأدلته قال: وبرهان صحة قولنا هو أن كل نكاح صحيح بكلمة الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حرم الله تعالى به بشرة الزوجة، وفرجها، على كل من سوى زوجها، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل فى صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: (فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه) ونعوذ بالله من هذا وقد صح عن رسول الله صلى الله مثل قولنا، كما روينا من طريق مسلم نا أبو الطاهر وحرملة بن يحى، واللفظ له، قال: نا ابن وهب اخبرنى يونس - هو ابن يزيد - عن الزهيرى عن عروة بن الزبير ان عائشة رضى الله تعالى عنها أخبرته أن رفاعة القرظى طلق امرأته فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله مامعه إلا مثل الثوب، وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا، وقال: (١) لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة، لا - حتى تذوقى عسيلته، ويذوق عسيلتك، وذكر الحديث، وقال ابن حزم شارحا دليله: فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها، وإن إحليله كالهدبة، لاينتشر، إليها وتشكو ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وتريد

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥٨، ٥٩، ٦١، ٦٢ مسألة رقم ١٨٩٨.

مفارقته فلم يشكها ، ولا أجل لها شيئا ، ولا فرق بينهما . وفى هذا كفاية لمن عقل[1] .

لا طلاق بسبب أى عيب :

وقال ابن حزم أيضا لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ، ولا ببرص ولا بجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجده هى كذلك ، ولا بعنانة ، ولا بداء فرج ولا بشىء من العيوب .

لا تطليق للعجز عن النفقة أو لعدم الإنفاق :

ويرى الظاهريه إنه لا تطليق لعدم نفقة ، ولا لعدم كسوة ، ولا لعدم صداق ولا بانقضاء الأربع الأشهر فى الإيلاء . ولا بزواج أمة على حرة ولا بزواج حرة على أمة . ولا زنا يحدث من أحدهما ولا بزناه بحريمها كأمها أو جدتها ، أو بنتها ، أو بنت ابنها أو بنت ابنتها ، أو أختها أو عمتها و لا بزناها بابنه ، ولا بتفريق الحكمين ، ولا بتخييره اياها ، اختارت نفسها أو لم تختر ، ولا بأن يقول : لها أنت على حرام ، أو بقوله لزوجته : أنت على كالميتة والخنزير ، والدم ، ولا بهبته إياها لأهلها ، قبلوها أو لم يقبلوها ، ولا بخروجها من أرض الحرب غير مسلمة ، ولا ببيع الأمة ذات الزوج ، ولا ببيع العبد ، ولا بفقد الزوج : لأنه لا يدرى اين هو . وهما فى كل ذلك باقيان على الزوجية كما كانا .

النكاح بشرط السلامة من كل عيب

قال ابن حزم : فإن اشترطا السلامة فى عقد النكاح فوجد عيبا أى عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له فى إجازته ، ولا صداق فيه ، ولا ميراث ، ولا نفقة ، دخل أو لم يدخل ؛ لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة ، بلا شك ، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[2] .

مناقشة ابن حزم آراء مخالفيه

ورد ابن حزم أدلة مخالفيه فقال : إن قول المتأخرين من اصحاب المذاهب الذين يجيزون الخيار فى النكاح بسبب العيوب مشبهين النكاح

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٠٩ مسألة رقم ١٩٣٤ .

(٢) » » » » » » ١١٥ » » ١٩٣٥ .

بالبيوع ، وأن البيوع تردبالعيوب ، فوجب رد النكاح بذلك . قال : إن هذا قول لايسوغ التمويه به الالمن قال بقول أبى ثور والزهرى وشريح (يقصد بذلك قول الزهرى بجواز الرد بكل داء عضال وقول أبى ثور بجواز الرد بمثل العمى وغيره من العيوب)

المالكية تركوا القياس ثم تمسكوا به :

وأما المالكيون والشافعيون فلا : لأنهم خصوا أربعة عيوب دون سائر العيوب . وهذا ترك للقياس المذكور جملة .

الرد على من قال برأى أبى ثور :

ثم نقول لمن قال بمثل قول أبى ثور ، ماندرى فى أى وجه يشبه النكاح البيوع بل هو خلافه جملة : لأن البيوع نقل ملك . وليس فى النكاح ملك أصلا ، والنكاح جائز بغيرذكرصداق فى عقده ولايجوز البيوع بغيرذكرثمن ، والخيار جائز عندهم فى البيوع مدة مسماة ، ولايجوزفى النكاح ، والبيع بترك رؤية المبيع ، وترك وصفه باطل ، لايجوز أصلا ، والنكاح بترك رؤية المنكوحة ، وترك وصفها جائز . والنكاح عند المالكيين جائزعلى بيت وخادم ووصفاء غير موصفين ، ولايجوز ذلك فى البيوع فبطل تشبيه النكاح بالبيوع جملة .

لا وجه لتخصيص عيب دون عيب :

وقال ابن حزم أيضا : وقال بعضهم : لايجوز توفية حقوق النكاح مع المجنون أولاتطيب النفس على مجامعة برصاء أو مجذومة ، ولايقدر على جماع قرناء وانما تزوجها للجماع ، فقلنا ولاتجوز توفية حقوق النكاح مع الفسق ، والنشز وسوء الخلق . ومع البكم والصمم ومع ضعف العقل ، فردوامنها ، فإن قالوا : قديتوب من الفسق ، قلنا : وقد يبرأ من الجنون ، وأما طيب النفس على الجماع فوالله إن نفس كل أحد لاتطيب على من بها فى خافى جسدها لمعة من برص ، ومن لمسها صرع فى الشهر مرة منها على الزانية ، وعلى العجوز السوداء الشوهاء ،

وعلى من بها أكلة فى وجهها، أوحدب فى الصدر أو الظهر أو بكم. هذا مالاشك فيه عند أحد وكل هذه آراء فاسدة . وإنما النكاح هو كما أمر الله عز وجل ثم امساك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتى نص صحيح يتوقف عنده[1]

الخبر لا يفيد المدعى

ورد ابن حزم الاستدلال بحديث ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد، فقال : ليس الأمر بالفرار هنا بمفيد إثبات الخيار فى إبقاء الزواج أو فسخ العقد ، ، والمقصود هو الوقاية فقط لا إثبات الخيار على أن الخبر ليس فيه الأبرص ، فمن أين أضيف إليه ، الأبرص ، .

وقال ابن حزم أيضا : أن التمويه بما روى من طريق سعيد بن منصور عن أبى معاوية الضرير عن جميل بن يزيد الطائى عن زيد بن كعب بن عجرة أنه قال : تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بنى غفار فلما دخلت عليه ، ووضعت ثيابها رأى بكشحها بياضا فقال : ألبس ثيابك ، والحق بأهلك ، قال أبو معاوية : فحدثنا رجل عن جميل بن زيد عن زيد بن كعب ابن عجرة أنه صلى الله عليه وسلم أمر لها بالصداق .

وهذا الحديث من رواية جميل بن زيد ، وهو مطروح ، متروك جملة، وهو عن زيد بن كعب ، وهو مجهول إذ لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ثم هو مرسل وقال ابن حزم : ولو فرضنا صحة هذا الخبر لم يكن مخالفا لقولنا ؛ لأننا لا نمنع الزوج من الطلاق قبل الدخول ، وبعده إن شاء.

أما القول بأنه لا يؤمن من المجنون قتل صاحبه فثبت خيار الفسخ بالجنون فهذا قول مردود: لأن الفاسق بلا شك أخوف على صاحبه من المجنون، ولا يؤمن من قتله لصاحبه ، ومع هذا فلا يثبت خيار الفسخ بالفسق ولا يرد النكاح به فكذا الجنون[2] .

---

(١) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة والمسألة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ١١٦ مسألة ١٩٣٥ .

الشيعة الإمامية

التطليق بسبب العيوب

أجاز الشيعة الإمامية فسخ النكاح لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا من العيوب الآتية :

عيوب الرجل :

أما العيوب التي لو وجدت بالرجل فيجوز للمرأة أن تفسخ عقد النكاح بسببها فهي الجنون ، والخصاء ، والعنن ، والجبّ

عيوب المرأة .

وعيوب المرأة سبعة ، هي :

الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن ، والإفضاء ، والعمى ، والإقعاد وفي الرتق تردد أشبهه وأرجحه : ثبوته عيبا ؛ لأنه مرض يمنع الوطء .

ولا ترد المرأة بالعور ، ولا بالزنا ولو حدث فيه ، ولا بالعرج على الأشبه .

شروط الفسخ :

ويشترط أن يكون العيب موجودا بالمرأة أثناء العقد ، وعند الدخول ، فلا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول . أما المتجدد بعد العقد ففيه تردد عدا العنن . كما يشترط عدم امكان الوطء في الرتقاء أو القرناء أو عدم امكان العلاج . لكن إذا امكن العلاج وامتنعت المرأة منه فللزوج الخيار وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة ، وإن تجدد .

الفسخ بالعيب ليس طلاقا :

وفسخ عقد النكاح بسبب العيوب التي ذكرناها ليس من قبيل الطلاق ، فلا ينقص به عدد الطلقات ، ولا يطرد معه تنصيف المهر .

لا حاجة إلى حكم حاكم

ولا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى حكم حاكم . ويفتقر في العنن إلى ضرب الأجل .

الفسخ بسبب العنة

لو ادعت الزوجة أن زوجها عنين، فأنكر، فالقول له مع يمينه . فإذا ثبتت العنة، يثبت لها الخيار، ولو كان متجددا، إذا عجز عن وطئها، قبلا ودبرا وعن وطء غيرها . ولو ادعى الوطء، فأنكرت فالقول قوله مع يمينه.

فورية الخيار

وخيار العيب، على الفور فلو أخر من له الفسخ مختارا مع علمه بالعيب بطل خياره سواء في ذلك الرجل والمرأة وإن جهل الخيار، أو الفورية فالراجح أنه عذر وله الخيار بعد العلم بالعيب على الفور، وكذا لو نسيهما، ولو منع من طلب الخيار بأن قبض على فيه، أو هدد بما يعد إكراها فلم يطلب الخيار على الفور فلا يسقط خياره حتى يزول المانع، ثم تعتبر الفورية حينئذ.

ابتداء الأجل

ولو صبرت الزوجة مع وجود العنن في زوجها فلا بحث . وان رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة تبدأ من حين الترافع : فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر[1]

الفسخ بسبب مخالفة الشرط

لو تزوج امرأة بشرط انها حرة، فظهرت أمة، أو مبعضة، فله الفسخ وأن دخل بها ؛ لأن ذلك فائدة الشرط . هذا كله إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة . ووقع بإذن مولاها أو مباشرته .

الفسخ بسبب الغرر

ولو لم يشترط الحرية لكنه تزوجها على انها حرة، أو أخبرته حرة قبل الزواج، أو اخبره مخبر بذلك، ففي إلحاقه بها لو شرط نظر .. من ظهور التدليس، وعدم الاعتبار بما تقدم من الشروط على العقد . وكذا تفسخ هي لو تزوجته على أنه حر فظهر عبدا . ولو شرط انها بكر فظهرت ثيبا، فله الفسخ بمقتضى الشرط الذي سبق العقد .

(١) المختصر النافع للحلي ص ١٨٦، ١٨٧ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص ١٢٧

رأى آخر

وهناك رأى آخر يقول : لافسخ للعقد ، ولكن ينقص من المهر بنسبة ما بين مهر المثل ، ومهر الثيب ، وقال أصحاب هذا الرأى تأييدا له : إن الزوج لم يرض بالمهر المسمى إلا للزوجة على وصف أن زوجته بكر ، فلما بان له أنها خالية عن الوصف المذكور، وهو البكارة ، فقد فات سبب رضاه بالمهر المسمى، فيلزم التفاوت كالفرق مابين كون المبيع صحيحا ، ومعيبا [١]

القانون

التطليق للعيب

نظم القانون أحكام تطليق الزوجة على زوجها لعيب بالزوج فى المواد ٩، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ وقد شرحنا هذه المواد فيما سبق

تنبيه : يجدر بنا أن نشير إلى أن القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ ، الخاصين بتنظيم أمور الطلاق للمسلمين فى الجمهورية العربية المتحدة ، لم يتعرضا للحكم فيما إذا وجد الزوج زوجته معيبة بعيب تناسلى ، فبقى الحكم فى هذه الناحية على مذهب الاحناف، الذين لايجعلون للزوج خيار الفسخ إذا ماوجد بزوجته أى عيب من العيوب : لأن فى إمكان الزوج الذى يجد بزوجته عيبا لايستطيع معه أن يعاشرها، جنسيا، أن يتخلص من زوجته بالطلاق .

التطليق بسبب الضرر

رأى عامة الفقهاء

المانعون للطلاق بسبب الضرر

يرى الاحناف ، والشافعية ، والظاهرية ، والإمامية ، أن الزوجة إذا طلبت من القاضى الحكم بطلاقها من زوجها : لأنه يسىء إليها ، ورفض الزوج أن يطلقها ، فإن القاضى لايجوز له أن يحكم بتطليقها عليه : لأن رفع الضرر

(١) المصدرين السابقين .

عن الزوجة ممكن بغير الطلاق فلا يلجأ للطلاق ،فعلى القاضى أن يأمر الزوج بحسن معاشرة زوجته ، واحسان معاملتها ، فإن لم يمتثل عزره بحسب مايراه. وفيما يلى النصوص الفقهية لفقهاء الاحناف والشافعية ، والظاهرية والإمامية فى هذا الموضوع .

المذهب الحنفى

قال صاحب البدائع : « . . . . ومنها ولاية التأديب للزوج ، إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته، بأن كانت ناشزة ، فله أن يؤدبها ، لكن على الترتيب الآتى .. فيعظها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها: كونى من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ،فإن تركت ،وإلاهجرها لعل نفسها لاتحتمل الهجر ثم اختلف فى كيفية الهجر قيل يهجرها بألا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وقيل يهجرها بألا يكلمها فى حال مضاجعته إياها لاأن يترك جماعها ومضاجعتها؛ لأن ذلك حق مشترك بينهما ، فيكون فى ذلك عليه من الضرر ماعليها، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه ، وقيل يهجرها بأن يفارقها فى المضجع ، ويضاجع آخرى فى حقها وقسمها : لأن حقها عليه فى القسم فى حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لافى حال التضييع وخوف النشاز ، وإلاضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولاشائن . والأصل فيه قوله عز وجل :« واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن » فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق ، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتمل ذلك ، فإن نفع الضرب ، وإلارفع الأمر إلى القاضى ليوجه إليهما حكمين حكما من أهلها وحكما من أهله كما قال تعالى: «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » وسبيل هذا سبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى حق سائر الناس؛ أن الأمر يبدا بالموعظة على الرفق اللين دون التغليظ فى القول ، فإن قبلت ، والإ غلظ القول بها فإن قبلت ، وإلا بسط يده فيه ، وكذلك إذا ارتكبت

محظورا سوى النشوز ، ليس فيه حد مقدر فللزوج أن يؤدبها تعزيرا لها ؛ لأن للزوج أن يعزر زوجته كما للمولى أن يعزر مملوكه .[1]

ومن أحكام النكاح المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه مستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هى المعاشرة بالفضل والإحسان قولا وفعلا وخلقا قال النبي صلى الله عليه وسلم: « خيركم خيركم لأهله. وأنا خيركم لاهلى » وقيل المعاشرة بالمعروف هي أن يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه ، وتقبله وترضى به ، وكذلك من جانبها هي مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان واللطف فى الكلام ، والقول المعروف الذى تطيب به نفس الزوج ، وقيل فى قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » إن الذى عليهن من حيث الفضل ، والإحسان ، هو أن يحسن إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف[2] .

المذهب الشافعى

قال صاحب المنهاج وهو من فقهاء الشافعية الأجلاء . فإن تحقق نشوز ، ولم يتكرر، وعظ وهجر فى المضجع ، ولا يضرب فى الأظهر. قلت : الأظهر يضرب والله أعلم . فإن تكرر ضرب ، ويقول بعد ذلك : فان أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه فان عاد عزره (أى القاضى) وإن قال كل : إن صاحبه متعد تعرف القاضى الحال بثقة يَخْبُرُهُمَا ، ومنع الظالم، فان اشتد الشقاق بعث حكما من أهله وحكما من أهلها[3] .. ويشرح هذا الكلام صاحب المغنى فيقول : فان أساء الزوج خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيزه من القاضى عزره القاضى بما يليق به لتعديه عليها . وإنما لم يعزره فى المرة الأولى وإن

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج٣ ص٢٥٩ وما بعدها

كان القياس جوازه إذا طلبته قال السبكى : ولعل ذلك ؛ لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين ، والتعزير يورث وحشة بينهما فيقتصر أولا على النهى لعل الحال يلتئم بينهما ، فإن عاد عزره وأسكنه بجنب ثقة يمنع الزوج من التعدى عليها ، وهل يحال بين الزوجين : قال الغزالى : يحال بينهما حتى يعود إلى العدل ، ولا يعتمد قوله فى العدل، وإنما يعتمد قولها ، وشهادة القرائن ا. هـ

وفصل الإمام فقال : إن ظن الحاكم تعديه، ولم يثبت عنده لم يحل بينهما وإن تحققه ، أو ثبت عنده وخاف أن يضربها ضربا مبرحا: لكونه جسورا . حال بينهما حتى يظن أنه عدل؛ إذ لو لم يحل بينهما واقتصر على التعزير لربما بلغ منها مبلغا لا يستدرك . ا. هـ وهذا ظاهر فيمن لم يذكر الحيلولة أراد الحال الأول . ومن ذكرها كالغزالى ، والحاوى الصغير والمصنف فى تنقيحه. أراد الثانى . والظاهر كما قال شيخنا : إن الحيلولة بعد التعزير ، والإسكان . وإن كان لا يتعدى عليها لكنه يكره صحبتها لكبر،أو مرض أو نحوه . ويعرض عنها فلا شىء عليه[1] :

المذهب الحنبلى

فى المذهب روايتان هما .

الرواية الأولى — لا يجوز التطليق للضرر

نقل عن الحنابلة القول بأنه لا يجوز التطليق على الزوج بسبب الضرر . وعلى القاضى محاولة الإصلاح بين الزوجين ما أمكن؛ قال صاحب الاقناع: فإن ادعى كل منهما ظلم صاحبه أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة، يشرف عليهما، ويكشف حالهما[2] وقال صاحب المغنى : « واختلفت الرواية عن أحمد فى

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) الاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ج ٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

الحكمين : فى إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما ، أى للزوجين اللذين حصل بينهما الشقاق ، لايملكان التفريق إلا بإذنهما . وهذا مذهب عطاء ، وأحد قولى الشافعى . وحكى ذلك عن الحسن ، وأبى حنيفة[1] .

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب الرأى السابق : إن البضع حق الزوج ، والمال حق الزوجة والزوجان رشيدان. فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما . وهذا غير متحقق فى الحكمين .

الرواية الثانية تجيز التطليق للضرر

أما الرواية الثانية فى المذهب فتجيز للحكمين أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض. وغير عوض دون حاجة إلى توكيل من الزوجين، ولا رضاهما . فهما حاكمان . وروى مثل ذلك القول عن على ، وابن عباس ، وأبى سلمة ، وابن عبد الرحمن ، والشافعى ، والنخعى، وسعيد بن جبير . وهو قول مالك والأوزاعى ، وإسحاق ، وابن المنذر .

دليل هذا الرأى

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول الله تعالى : « فابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها » .

وجه الاستدلال

سمى الله سبحانه وتعالى من يرسلهما الحاكم لمعرفة أسباب الشقاق بين الزوجين بأنهما حكمان — ولم يعتبر رضا الزوجين . ثم قال : « إن يريدا إصلاحا » فخاطب الحكمين بذلك معتبرا ارادتهما لا إرادة الزوجين ورضاهما بتصرف الحكمين .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢٥٢ طبع مطبعة الامام بالمنشية تصحيح الشيخ محمد خليل الهراس .

ماروى عن كبار الصحابة

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس . فقال على رضى الله عنه : ابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، فبعثوا حكمين . ثم قال على للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله على ولى . فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت حتى ترضى بما رضيت به — فهذه الرواية تفيد أن عليا أجبر الرجل على الطلاق .

كذلك روى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث حكما من أهله هو عبدالله بن عباس ، وحكما من أهلها هو معاوية . فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا . فهذه الرواية تفيد أنه يجوز للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إذا ساءت العشرة بينهما إساءة بالغة[١] .

مناقشة الرأى الأول

وقال المجوزون للتطليق بسبب الضرر : إن القول بأن الزوجين رشيدان فلا يملك أحد التصرف فى حقوقهما إلا بتوكيل منهما ، أو ولاية ، لا يمنع من تطليق الحكمين على الزوج ؛ إذ لا مانع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع ؛ فالزوج المضار إذا امتنع عن طلاق زوجته وأمسكها إضرارا بها طلق عليه القاضى إذا ثبت إضراره بزوجته[٢] .

(١، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ . طبع مطبعة الامام بالمنشية .

المذهب الظاهرى

الطلاق للضرر

لا يجوز الطلاق للضرر

يرى الظاهرية أن العدل بين الزوجات فرض ، وأن الزوج إذا عصته زوجته حل له هجرانها حتى تطيعه ، وضربها بما لم يؤلم. ولا يجرح ، ولا يكسر ، ولا يعفن . فإذا ضربها بغير ذنب أقيدت منه — ولم يقل الظاهرية بجواز تطليق الزوجة على زوجها إذا ضربها فجرحها ، أو كسرها .

دليل الظاهرية

الكتاب

استدل الظاهرية بقوله تعالى : (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ، ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) .

وجه الاستدلال

أبانت الآية أن العدل واجب بين الزوجات ما أمكن وأكثر ذلك فى قسمة الليالى، حرة كانت الزوجة أو أمة ، مسلمة كانت الزوجه أم ذمية .

كما استدلوا بقوله تعالى: «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

لم يبح الله تعالى للرجل هجران المرأة فى المضجع إلا إذا خاف نشوزها وإنما أباح الضرب ، ولم يبح الجراح ، ولا كسر العظام ، ولا تعفين اللحم . وقال تعالى : « والحرمات قصاص » فصح أنه إن اعتدى الزوج على زوجته بغير حق فالقصاص عليه[1] .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ٤١ ، وما بعدها مسألة رقم ١٨٨٨ .

الشيعة الإمامية

لا تطليق بسبب الضرر

يرى الإمامية أنه إذا حدث شقاق بين الزوجين فعلى القاضى أن يبعث حكمين للإصلاح بين الزوجين — وأنه لا حق لهما فى التطليق إلا مع إذن الزوج فى الطلاق، والمرأة فى البذل. ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم[١].

من أجازوا التطليق بسبب الضرر

تفصيل رأى الفقهاء الذين أجازوا التطليق للضرر فيما يلى :

المذهب المالكى

التطليق بسبب الضرر

التطليق بسبب الضرر حق للمرأة :

أباح المالكية للزوجة أن تطلب إلى القضاء تطليقها على زوجها الذى يضارها ويسيء معاملتها وتخشى على نفسها المقام معه، قال صاحب تبصرة الحكام : مسألة : إذا فعل الزوج بزوجته مايوجب القصاص لها منه وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتصت منه فإنها تطلق عليه[٢].

عجز الزوجة عن الإثبات :

وقال صاحب التبصرة أيضا : وإذا تكررت شكوى المرأة وذكرت إضرار زوجها بها، ورفعت ذلك إلى الحاكم وعجزت عن إثبات ماتدعيه فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين، ويكلفهم تفقد خبرها، واستعلام ضررها، فإن كانت ساكنة معه فى مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم، يعنى وكلفهم تفقد حالها ؛ فإن ظهر لهم أنه الظالم رفعوا ذلك إليه

(١) المختصر النافع الحلى ص ١٩١ — والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص ١٣٤ .
(٢) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكى المدنى على هامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب مالك للشيخ عليش ج ٢ ص ١٩٥، ١٩٦ .

فزجره الحاكم وأدبه ، وسجنه ، وعاقبه بما يراه، فان عمى على الحاكم خبرهما، وطال تكررها ، ولم يعلم من الظالم منهما لم يسعه أن ينظر فى أمرهما بغير الحكمين ، ومسألة الحكمين مشهورة (مسألة) ومن باع زوجته فقال مالك فى المبسوط ينكل نكالا شديدا، وتطلق عليه بواحدة ، وليس له أن يرتجعها ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه مخافة أن راجعها أو تزوج غيرها أن يبيعها . وفى المسألة تفاصيل بين أن يبيعها هازلا،أو جادا[1].

لا يشترط تكرار الضرر :

وفى مواهب الجليل[2]. ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره مثل : قول ابن فرحون فى شرح ابن الحاجب : من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه فى الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما. وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة ، وتأديبها على ترك الصلاة ، ولا فعل التسرى انتهى .

الضرر يختلف وحالة المرأة :

وفى التاج والإكليل لمختصر خليل[3] : « ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره... ابن سلمون : إذا ثبت للمرأة أن زوجها يضربها وهى فى عصمته فقيل : لها أن تطلق نفسها ، كما تفعل إذا كان ذلك شرطا وقيل: ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد بتكرر الضرر. وانظر بعد هذا قول مالك: من باع زوجته طلقت عليه . وانظر إذا كان لها شرط فى الضرر قال فى السليمانية : إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته،أو حول وجهه عنها فى فراشها فذلك من الضرر بها ، ولها الأخذ بشرطها .

رأى يقول باشتراط تكرار الضرر

قال المتيطى : إذا ثبت أنه يضر بزوجته ، وليس لها شرط ، فقيل : إن لها أن تطلق نفسها ، وإن لم تشهد البينة بتكرار الضرر . قال : ويستوى على القول الأول من شرط الضرر ، ومن لم يشترط . قال مالك : من يريد

(١) المصدر السابق .

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٧ .

(٣) على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٧ .

العبادة ، أو ترك الجماع لغير ضرر ، ولا علة . قال له : إما وطئت ، وإما طلقت[1] .

القانون

معنى الضرر

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ برأى المالكية فى التطليق للضرر ، وفسر الضرر بأنه هو إيذاء الزوج زوجته بالقول ، أو بالفعل : كالشتم ، والتقبيح ، والتهجين ، والضرب ، وغير ذلك من ضروب الإيذاء ؛ كالإعراض عن الزوجة وهجرها[2] من غير سبب يبيحه ، وهذه أشياء غير الضرر المقصود فى مسألة التطليق للإعسار ، والغيبة والحبس . والتطليق للضرر المذكور فى مواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يكون من القاضى وتقع به طلقة واحدة بائنة وهو مأخوذ من مذهب المالكية كما سبق بيانه .

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى مدعية أن زوجها يضارها ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك ، فإن القاضى يجيبها إلى طلبها إذا ثبتت صحة دعواها . غير أنه يجب عليه قبل ذلك أن يعمل على الإصلاح بينها وبين زوجها ، فإن لم يستطع ذلك لم يكن إلا التفريق .

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات مضارة الزوج لها رفض القاضى دعواها ، فإذا تكررت منها الشكوى مع عجزها عن الإثبات كان على القاضى أن يحكم بينها وبين زوجها رجلين من أهلها أو من غيرهم ، يختارهما أهلا للإصلاح بين الزوجين وإزالة أسباب النزاع بينهما ، ثم يقضى حسب تقرير الحكمين .
والمواد التى نظمت التطليق للضرر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هى المواد السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة .
ويؤخذ من هذه المواد أن الحكمين لا يملكان تطليق الزوجة من

---

(١) المصادر السابق ذكرها .
(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

زوجها بالفعل إذا ثبت لهما عدوان الزوج على زوجته وإيذائه . إياها، بل يقرران الأمر على ماشهدا ، ويقترحان التفريق ، والقاضى هو الذى يحكم بالفرقة بناء على هذا التقرير . وهذا للاحتياط فى أمر الطلاق . ومذهب الإمام مالك الذى أخذ منه هذا القانون يجيز للحكمين إيقاع الطلاق فهو يرى أن تفويض القاضى هذا الأمر لهما تفويض كامل يتناول ملك التطليق .

القانون لم يخالف مذهب المالكية

وإذا نظرنا إلى موقف القانون من الحكمين حيث لم يسمح لهما بأن يطلقا إذا رأيا أن المصلحة فى الطلاق، بل عليهما أن يرفعا تقريرهما للقاضى... أقول: القانون فى ذلك لم يخالف مذهب المالكية فان الحكمين لا يملكان من الأمر إلا ما يأذن بهمن استمدا منه السلطة وهو القاضى الذى اختارهما فإذا قصر مهمتهما على إجراء التحقيق بين الزوجين مع بذل الجهد فى الإصلاح بينهما، ثم عرض النتيجة عليه؛ ليقرر مايراه حسب التقرير كان حسنا ، وكانا مقيدين بما كلفهما به ؛ ولا يكون فى ذلك مخالفة للمذهب المالكى .

التطليق لغيبة الزوج

المذهب المالكى

أباح المذهب المالكى التطليق على الغائب إذا غاب عن زوجته غيبة تتضرر منها، سواء كان غيابه بعذر مقبول أم بغير عذر وتفصيل ذلك فيما يلى:

قال فى المتيطية : اعلم أن الغائبين على أزواجهم خمسة : فالأول غائب لم يترك نفقة ، ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط فى المغيب فإن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند[1] السلطان بعدم الإنفاق .

والثانى . غائب لم يترك نفقه ولزوجته عليه شرط فى المغيب : فزوجته مخيرة بين أن تقوم بعدم الانفاق أو بشرطها، وهو أيسر عليها ؛ لأنه لا يضرب له فى ذلك أجل .

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

والثالث غائب خلف نفقة ، ولزوجته عليه شرط فى المغيب . فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب فى هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان ، أو غير معلوم . إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك .

والرابع غائب خلف نفقة ، ولاشرط لامرأته، وهو مع ذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب إليه السلطان : إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه .

والخامس . غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان . فهذا هو المفقود ... انتهى باختصار .

مدة الأجل

قال صاحب مواهب الجليل : إن ما ذكر فى المتيطية فى الرابع من أنواع الغائبين من أنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه لم يبين كم ينتظر . وقال ابن رشد فى رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من طلاق السنة لم يحدها هنا ، يعنى فى هذا الرسم فى الطول حدا . وقال فى أول رسم شهد من سماع عيسى: إن السنتين ، والثلاث، فى ذلك قريب وليس بطول وهذا اذا بعث إليها بنفقة . أما إذا لم يبعث إليها بنفقة ، ولا علم له مال، فإنها تطلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم عليه . وأما إن ظهر أنه موسر بموضعه فتفرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا يفرق بينهما، فهذا ظاهر قول ابن حبيب فى الواضحة . ومعنى ذلك ما لم يطل، على ما قال هنا[1] .

التطليق على الغائب والمحبوس

فى القانون المصرى

نظم القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ ،والقانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ التطليق على الغائب لكن التفريق الوارد فى كل منها يختلف عن الآخر فقانون سنة ٩٢٩

---

(١) المصدر السابق .

لا ينظر إلى التفريق بسبب الاعسار بينما ينظر إليه القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .
فالقانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ ينظر إلى ما يلحق الزوجة من عنت وضرر الانفراد
فإذا طلبت الزوجة التطليق لهذه الأسباب واحتكمت فى ذلك إلى مواد القانون ٢٥
لسنة ٩٢٩ فيطلقها القاضى لذلك ولو كان له مال تنفق منه، لأن القضية ليست
قضية تضرر لعدم الانفاق . والطلاق الصادر من القاضى فى هذه الحالة
طلاق بائن . ولا يكون فى حالة الغيبة إلا بعد تمام سنة من أول وقت الغيبة. وفى
حالة الحبس لا يكون إلا بعد مضى سنة أيضا من ابتداء الحبس بشرط أن
تكون مدة الحبس المحكوم بها حكما نهائيا، وأن تكون ثلاث سنوات فأكثر.

والمواد التى نظمت التطليق للغيبة والحبس فى القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩
هى المواد : ١٢ ، ١٣ ، ١٤ أما المادة ٢٣ من هذا القانون فنصت على أن
السنة تحسب بالتقويم الشمسى التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

اما الطلاق الصادر بمقتضى القانون ٢٥ لسنة ٩٢٠ بسبب عدم انفاق
الغائب والمحبوس على زوجته، فطلاق رجعى . وقد سبق بيانه .

تنبيه

ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ أن الحكمة فى اباحة
تطليق المرأة التى غاب زوجها هى ان مقام الزوجة، وزوجها بعيد عنها زمنا
طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية فى
الأعم الأغلب ، وان ترك لها الزوج مالا تستطيع الإنفاق منه .

والحكمة التى ذكرتها المذكرة الإيضاحية كانت تقتضى أن تكون غيبة
الزوج سنة فأكثر ، بعذر وبغير عذر، مسوغة للفرقة بين الزوجين كما هو
مذهب الإمام مالك . ولكن القانون أخذ بمذهب الإمام أحمد . وهو أن
القاضى إنما يفرق بين الزوجين للغيبة إذا كانت بلا عذر مقبول. ومعنى هذا

أن القانون أخذ بمذهب الامام مالك فى أحكام التطليق للغيبة ولكنه لم يأخذ به كله بل عدل عن بعضه إلى مذهب الامام أحمد فلفق بين المذهبين .

الاشهاد على الطلاق

الشيعة الامامية

يرى الشيعة الامامية أن أحد أركان الطلاق هو الاشهاد عليه فقالوا : لابد من حضور شاهدين يسمعانه واستدلوا لذلك بقوله تعالى : « واشهدوا ذوى عدل منكم »[١] ولا يشترط استدعاؤهما لسماع الطلاق بل يكفى أن يسمعاه دون أن يكلفا بالحضور لسماعه ، ويشترط فى شهود الطلاق العدالة . وهذا هو الراجح فى المذهب . وقال بعض فقهاء المذهب: يكفى فى شهود الطلاق الاسلام . وكذلك يشترط فى الشهود المذكورة فلا تقبل فيه شهادة النساء . وقال الامامية : أن الرجل لو طلق ولم يشهد على طلاقه ثم أشهد كان الأول لغوا[٢] .

المذهب الظاهرى

الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق

ويفهم مما ذكره ابن حزم فى باب الرجعة أن الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق ، كما أن الاشهاد على الرجعة شرط لصحتها . فقد قال ابن حزم فى باب الرجعة ما يأتى :

قال أبو محمد : فإن وطئها لم يكن بذلك مراجعا حتى يلفظ بالرجعة ، ويشهد ، ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها . فإن راجع ولم يشهد، فليس مراجعا؛ لقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف، أوفارقوهن بمعروف، وأشهدوا ذوى عدل منكم » قرن الله عز وجل بين المراجعة ، والطلاق ، والاشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .

(٢) المختصر النافع للحلى ص ١٩٨ . والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٥٠

ذوى عدل ، أو راجع ، ولم يشهد ذوى عدل ، متعديا لحدود الله تعالى .
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . فإن قيل : قد قال الله عز وجل : « وأشهدوا إذا تبايعتم »[١] وقال تعالى فى الدين المؤجل : « واستشهد واستشهدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين، فرجل[٢] وامرأتان، فلم أجزتم البيع المؤجل وغيره إذا لم يشهد عليه ؟ وقال تعالى : « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم» فلم أجزتم دفع مال اليتيم إليه إذا بلغ مميزا دون إشهاد ؟ قلنا : لم نجز دعواه للدفع إلا حتى يأتى بالبينة ، وقضينا باليمين على اليتيم إن لم يأت المولى بالبينة على أنه قد دفع إليه ماله ، ولكن جعلناه عاصيا لله تعالى إن حلف حانثا فقط .
كما جعلنا المرأة التى لم يقم للزوج بينة بطلاقها، ولا برجعتها، عاصية لله عز وجل إن حلفت حانثة عالمة بأن قد طلقها ، أو راجعها . وأما إجازتنا البيع المؤجل ، وغيره ، وإن لم يشهد عليه، فلقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنهما بالخيار مالم يتفرقا ؛ فإذا تفرقا ، أو خير أحدهما الآخر ، فاختار البيع فقدتم البيع » أو كما قال عليه الصلاة والسلام؛ مما قد ذكرناه فى كتاب البيوع من ديواننا هذا وغيره بنصه، وإسناده، والحمد لله رب العالمين. وهو فى كل ذلك عاص لله عز وجل إن لم يشهد فى البيع المؤجل وغيره ، وفى دفع المال إلى اليتيم إذا بلغ مميزا ، وفى طلاقه ، وفى رجعته إذا لم يفعل كما أمره الله تعالى[٣] .

رأى جمهور العلماء

فى الإشهاد على الطلاق ـ وفى طلاق الغائب

لا يشترط الإشهاد على الطلاق:

أما فقهاء الاحناف ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ـ فلا يرون

(١، ٢) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .
(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

أن الإشهاد على الطلاق شرط لوقوعه ؛ إذ لا يوجد فى الشريعة الإسلامية عقد يشترط لصحته الاشهاد عليه سوى عقد واحد هو عقد الزواج ؛ لشرف محله ، وعظم شأنه ؛ إذ يتعلق بالاعراض ، والانساب ، وتبنى عليه أحكام باقية بقاء الزمان ، ذات أثر كبير فى حياة الشخص ، واسرته ، كحرمة المصاهرة ، وثبوت النسب ، والارث - ولأن إظهار النكاح بين الناس أمر مرغوب فيه ؛ لتنتفى الريب ، وتمنع مقالات السوء ، وتدفع الشبهات عن الزوجين إذا ما رأى الناس الزوج يتردد على زوجته ، ويقيم معها فى مسكن واحد ، ويعاشرها معاشرة الازواج، فإذا لم يكن عقد النكاح بينهما قد أعلن واذيع بين الناس وجد مجال واسع للريبة والشك فى هذه المعاشرة . أما الطلاق فهو من العقود التى وصفها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » فلا حاجة إلى اذاعته بين الناس كشرط لصحة وقوعه . واما الأمر بالاشهاد على التداين ، وكذلك الأمر بالإشهاد على البيع فى آية المداينة وهى قوله تعالى: «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان[١] » وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم[٢] » فهى عند جمهور العلماء للإستحباب ، والندب لا للوجوب كالأمر بكتابة المداينة فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه[٣] » ، فلا يفيد الأمر اشتراط الشهادة لصحة البيع ، والمداينة .

طلاق الغائب :

لم اطلع على رأى لجمهور العلماء يؤيد رأى الظاهرية القائل بأن طلاق الغائب لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة عن طريق من تصدقه أو بشهادة مقبولة شرعا . بل لقد قال الشيعة الإمامية كما قال جمهور العلماء بوقوع طلاق الغائب - فقد جاء فى المختصر النافع[٤] : إذا طلق الغائب ، ثم حضر ،

(١ ، ٢ ، ٣) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة

(٤) المختصر النافع للحلى ج ١ ص ١٩٩ ، ٢٠٢

ودخل بزوجته ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ،ولا بينته . ومعنى ذلك وقوع طلاق الغائب دون توقف على علم الزوجة به وفيه أيضا[1] : « وتعتد المطلقة من حين الطلاق ، حاضرا كان المطلق أو غائبا إذا عرف الوقت وفى الوفاة من حين يبلغها الخبر وجمع صاحب المغنى[2] آراء فقهاء أهل السنة فى طلاق الغائب إذا كان بغير تلفظ به بأن كان بطريق الكتابه فقال: «ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه . قال أحمد فى رواية حرب فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق: لا تتزوج حتى يشهد عندها عدول . قيل له فان شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضى وظاهر كلام احمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم : لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزوج بعد انقضائها، وهذا معنى تختص به ،لا يثبت به حق على الغير، فاكتفى فيه بسماعها للشهادة. ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان ، لم يقبل ؛ لأن الخط يشبه به، ويزور. ولهذا لم يقبله الحاكم . ولو اكتفى بمعرفة الخط لا كتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

رأى آخر

وذكر القاضى أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه، ثم لا يغيبا عنه حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى .

الراجح

وقال صاحب المغنى : والصحيح أن هذا ليس بشرط؛ فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢٢٥ تصحيح الشيخ محمد خليل هراس طبع مطبعة الامام بالمشية بالقاهرة .

الكتابة ، وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب ، وقرأه عليهما ، وقال هذا كتابي ، كان لهما أن يشهدا به [1]

القانون

لم يأخذ المشروع فى القانونين رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ٩٢٩ بنظرية الظاهرية ، فيما يتعلق بطلاق الغائب كما لم يأخذ بنظريتهم ولا برأى الشيعة الإمامية فيما يتعلق بوجوب الإشهاد على الطلاق .

المشروع المقترح

ويوجد الآن فى وزارة العدل المصرية مشروع قانون لتنظيم الأسرة مأخوذ من الشريعة الإسلامية . وقد نص فيه على ضرورة وجوب الإشهاد على الطلاق كما أخذ المشروع برأى الظاهرية فى طلاق الغائب . لكن هذا المشروع لم يصبح بعد حقيقة ملموسة .

والله الموفق للصواب .

وكان الفراغ من هذه الطبعة :
فى ٢٣ جماد الثانية عام ١٣٨٩
٤ سبتمبر عام ١٩٦٩

---

(١) المصدر السابق .

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرس كتاب «الأحوال الشخصية»

الصفحة الموضوع

الصفحة الموضوع

